# Die Pflichten des Dienstberechtigten gegenüber dem Dienstverpflichteten nach den §§ 616 und 617 des bürgerlichen Gesetzbuches.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Referendar Wilhelm Nieske
aus Doberan.

Doberan.
Druck von Herm. Rehse & Co.
1909.

# Die Pflichten des Dienstberechtigten gegenüber dem Dienstverpflichteten nach den §§ 616 und 617 des bürgerlichen Gesetzbuches.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Referendar Wilhelm Nieske

aus Doberan.



Doberan.

Druck von Herm. Rehse & Co.

1909.

Referent: Herr Professor Dr. Matthiaß.

Meinen lieben Eltern!

# Inhalt.

# Litteratur.


1. Blume, Wilhelm von: Die vorübergehende Verhinderung des zu Dienstleistungen Verpflichteten. (§ 616 B. G. B.) Recht VI. Jahrg. 1902 Nr. 1 S. 6—9.
2. Derselbe: Art. 32 E. G. zu B. G. B und B. G. B. § 616. Recht VI Jahrg. 1902 Nr. 6 S. 138—139.
3. Bonn: Die Fälle der Anrechnung im Dienstvertrag nach B. G. B und Gew. O. Dissertation Heidelberg 1905.
4. Burchardt: Die Rechtsverhältnisse der gewerblichen Arbeiter. 1901.
5. Derselbe: Streitfragen des Arbeitsvertrages. Deutsche Juristen-Zeitung V. Jahrg. Nr. 12.
6. Cohn: Zur Anwendbarkeit des § 617. B. G. B. auf dem Gebiete des Gesinderechts. Recht VI. Jahrg. Nr. 15 S. 392.
7. Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 2. Aufl.
8. Crome: Partiarische Rechtsgeschäfte 1897.
9. Delius: Im juristischen Litteraturblatt 1904. S. 37/38.
10. Delmenhorst: Im Gewerbegericht Bd. VIII S. 39.
11. Dernburg: Bürgerliches Recht 1. und 2. Aufl.
12. Echte: Die Fürsorge der Herrschaft für das erkrankte Gesinde nach Reichs- und Landesrecht. Schleswig-Holsteinische Anzeigen 20 Stück vom 23. Oktober 1899.
13. Endemann: Die Behandlung der Arbeit im Privatrecht. Conrad's Jahrbücher 67. Bd. 1896 S. 641—708.
14. Derselbe: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 9. Aufl.
15. Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch 5. Aufl.
16. Frankenberg: Im Gewerbegericht IV. Jahrg. Nr. 9 und V. Jahrg. Nr. 8.
17. Derselbe: Die Lohnzahlung bei vorübergehender Arbeitsbehinderung nach § 616 B. G. B. Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogtum Braunschweig 1899 Nr. 8.
18. Fuld: Das bürgerliche Recht und das Gesinderecht. Archiv für öffentliches Recht Bd. 24 S. 93 fg.
19. Derselbe: Das Gesinde und die Socialgesetzgebung. Conrad's Jahrbücher Bd. 64 1895 S. 64—82.
20. Derselbe: In der socialen Praxis, Bd. 9 Nr. 9.
21. Hachenburch: Dienstvertrag und Werkvertrag im bürgerlichen Gesetzbuch.
22. Hahn: Das versicherungsrechtliche Beschäftigungsverhältnis und seine Träger. Verwaltungs-Archiv Bd. 9 S. 221 fg.
23. Derselbe: In Arbeiterversorgung Bd. 13 S. 1 fg.

24. Hilse: Zur Auslegung des § 616 B. G. B. Recht VI. Jahrg. Nr. 3 S. 69.
25. Derselbe: Wechselbeziehungen zwischen der Fürsorgepflicht des Dienstberechtigten und den Leistungen der Krankenkasse bezw. des Armenverbandes für das erkrankte Hausgesinde. Recht VI. Jahrg. Nr. 8 S. 203/204.
26. Derselbe: In der Arbeitgeber-Zeitung 1903 Nr. 1.
27. Derselbe: Im Gewerbeblatt für das Großherzogtum Hessen 66 Nr. 34.
28. Derselbe: Anspruch auf Lohnfortbezug während militärischer Übungen. Im Recht Jahrg. 1904. S. 598.
29. Derselbe: Im preußischen Verwaltungsblatt 26. S. 30.
30. Hilty: Der moderne Gesindevertrag 1893.
31. Isay: Rechtsgeschäft und wirtschaftliche Machtverschiedenheit. Vortrag. Verlag von F. Vahlen 1902.
32. Justizministerblatt, preußisches 1903.
33. Justizministerblatt, sächsisches 1903.
34. Koppen: Das Verhältnis des § 823 zu den §§ 616, 617 des bürgerlichen Gesetzbuches. Dissertation Freiburg 1903.
35. Langfeld: Mecklb. Ausf.-Verordnungen.
36. Lehmann: Lehrbuch des Handelsrechtes. Leipzig 1908.
37. Licht: Der gewerbliche Arbeitsvertrag in der Rechtsdurchsetzung.
38. Lipinski: Das Recht im gewerblichen Arbeitsverhältnis. Leipzig 1903.
39. Lothmar: Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches. Leipzig 1902.
40. Matthiaß: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 2. Aufl.
41. Meyer: In der deutschen Juristen-Zeitung Bd. VII. S. 450.
42. Mücke: Das Recht der Privatbeamten in land- und forstwirtschaftlichen Betrieben nach dem bürgerlichen Gesetz mit besonderer Berücksichtigung der Arbeiterschutzgesetze und der Gesinde-Ordnungen.
43. Nelken: Der Lohnanspruch des gewerblichen Arbeiters bei Dienstverhinderung infolge unverschuldeten Unglücks. Deutsche Juristen-Zeitung VIII. Jahrg. 1903. Nr. 9 S. 210/214.
44. Nußbaum: Gesinderecht. Deutsche Juristen-Zeitung IV. Jahrg. Nr. 7.
45. Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse 2. Aufl. 1906.
46. Derselbe: Vorteilsausgleichung beim Schadensersatz 1901.
47. Planck: Bürgerliches Gesetzbuch 3. Aufl.
48. Pesch: Lohnvertrag und gerechter Lohn. Stimmen aus Maria Laasch. Jahrg. 1897 S. 22 fg.
49. Pfitzer: Sociales Recht. Arbeitserträg und Arbeitsvertrag. Allg. Zeitung Jahrg. 1892. Beil. Nr. 159 S. 4—7.
50. Prenner: Der gewerbliche Arbeitsvertrag nach deutschem Recht.
51. Radatz: Zur Rechtsstellung der Haus-Offizianten nach dem 1. Januar 1900. Juristische Monatsschrift 2. Jahrg. Nr. 10.
52. Recht: VIII. Jahrg. 1904 Nr. 22. S. 569. Anspruch auf Vergütung bei vorübergehender Verhinderung.
53. Riezler: Werkvertrag.

54. Rönnberg: Der Anspruch des Dienstverpflichteten auf Entschädigung für Zeitversäumnis nach § 2 der Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige. Beiträge zur Erläuterung des B. G. B. 3. Heft 1902 S. 167/197.
55. Rosin: Das Recht der Arbeiterversicherung. 1893.
56. Rümelin: Dienst- und Werkvertrag 1905.
57. Schäfer: Im Gewerbegericht Bd. VI S. 126.
58. Scheiff: Muß der Arbeitgeber Lohn zahlen auch wenn der Arbeiter kurze Zeit an der Arbeit verhindert war?
59. Schmoller: Arbeitsverhältnis, Arbeitsrecht, Arbeitsvertrag und Arbeitslohn. Sociale Praxis XI. Jahrg. Nr. 8, 9, 10, 17, 18.
60. Schollmeyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch II 1 1. Aufl.
61. Schult: Meckl.-Schwerinsche und Meckl.-Strelitzsche Gesinde-Ordnung.
62. Schultzenstein: § 617 B. G. B. Dissertation Berlin 1903. (Archiv für bürgerl. Recht Bd. XXIII Heft 2.)
63. Derselbe: Scharwerker und § 617 des Bürgerlichen Gesetzbuches, Preuß. Verwaltungsblatt 25. Jahrg. Nr. 26.
64. von Schulz: In Braun's Archiv XI. S. 803, XIII S. 389.
65. Siehr: In der deutschen Juristen-Zeitung 1904 S. 1133/34.
66. Sigel: Der gewerbliche Arbeitsvertrag nach dem bürgerlichen Gesetzbuch.
67. Sinzheimer: Lohn und Aufrechnung.
68. Springer: Begriff des dauernden Dienstverhältnisses im B. G. B. Gruchot's Beiträge. Bd. 50 S. 753/781.
69. Staub: In der deutschen Juristen-Zeitung 1903 S. 336.
70. Verfügung des preußischen Justizministers vom 15. Oktober 1905 im Recht VIII. Jahrg. S. 569.
71. Vollmer: Der Einfluß des Bürgerlichen Gesetzbuches auf den gewerblichen Arbeitsvertrag und den Gesindedienstvertrag. Fischer's Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung. Bd. 23 S. 1 fg.
72. Weber: In der deutschen Juristen-Zeitung VII. Jahrg. S. 199.
73. Wiedemann: Ideale Vereine.
74. Witten: Die Auszahlung von Zeugengebühren für Zeitversäumnis an Personen, welche in einem Dienstverhältnis stehen. Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogtum Braunschweig. Jahrg. 1900 Nr. 3 S. 41 fg.

---

Die benutzten Entscheidungen sind in Fußnoten angeführt.

## § 1.

# Einleitung.

Nach § 323 B. G. B. verliert bei gegenseitigen Verträgen derjenige, welchem die Leistung in Folge eines von keinem Teile zu vertretenden Umstandes unmöglich wird, den Anspruch auf die Gegenleistung, und nach § 325 B. G. B. kann, wenn die dem einen Teile obliegende Leistung in Folge eines Umstandes, den er zu vertreten hat, unmöglich wird, der andere Teil Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten. Von diesen allgemeinen Grundsätzen sind auf dem Gebiete der Dienstverträge aus Gründen der Humanität, aus sozialpolitischen Rücksichten[1]) Ausnahmen gemacht. Der Gesetzgeber ist bei der Setzung dieser Ausnahmen von dem Gedanken ausgegangen, daß sich auf dem Gebiete der Dienstverträge meistens Contrahenten gegenübertreten, die an wirtschaftlichen Machtmitteln sehr verschieden stark sind. Da liegt dann die Gefahr nahe, daß der wirtschaftlich Stärkere, der zum Dienstberechtigten werden will, die ihm durch die größere materielle Macht gegebene Überlegenheit ausnutzen werde, um auf Kosten des wirtschaftlich Schwächeren, den er sich zu Diensten verpflichten will, beim Abschluß des Vertrages sich Vorteile auszubedingen, die mit den Pflichten, die der Dienstverpflichtete gegen sich selbst und seine Familie hat, unvereinbar sind. Die Not des Augenblicks, der harte Kampf ums Dasein wird es unter Umständen mit sich bringen, daß der Dienstverpflichtete zu allen möglichen Zugeständnissen bereit sein wird, nur um der Schwierigkeit der derzeitigen Lage zu wehren. Hier greift das Gesetz ein, um bei möglichster Wahrung der Freiheit des Verkehrs und der Arbeit den wirtschaftlich

---

[1]) Motive II S. 403.

Schwächeren gegen den wirtschaftlich Stärkeren zu schützen.[1]) Es bedarf keiner besonderen Hervorhebung, daß Bestimmungen dieser Art für das gesamte Wirtschaftsleben von einer eminenten Bedeutung sind, und daß sie unzweifelhaft zu den wichtigsten Gesetzesvorschriften überhaupt gehören, sind sie doch mitzuwirken berufen, um eine der wichtigsten Aufgaben jedes Staates lösen zu helfen, die Herbeiführung des socialen Friedens in dem alten heißen Kampfe zwischen Proletariat und Kapital. Den Schutz, der dem Schwachen zuteil werden soll, sucht das Gesetz dadurch zu geben, daß es dem Dienstberechtigten bestimmte sociale Lasten auferlegt, und dies ist im B. G. B. namentlich durch die §§ 616 bis 619 geschehen.

Es soll Gegenstand der nachfolgenden Darstellung sein, Inhalt und Umfang der Pflichten, wie sie durch die §§ 616 und 617 B. G. B. dem Dienstberechtigten auferlegt werden, einer Erörterung zu unterziehen. Leider stehen die erwähnten beiden Paragraphen, wie das ihrer großen Bedeutung entsprechend wohl zu wünschen wäre, in ihrer Tragweite keineswegs unbestritten fest.

---

## § 2.

### 1) Begriff des Dienstvertrages.

Die Kenntnis eines Gesetzes setzt die Kenntnis der Verhältnisse, auf die es angewandt werden muß, voraus, wenn anders sie überhaupt einen Wert haben soll. Es wird deshalb notwendig sein, zunächst festzustellen, welche Tatbestände unter die §§ 616 und 617 fallen, bevor ihr Inhalt einer Erörterung unterzogen wird. Die erwähnten Bestimmungen stehen im B. G. B. im zweiten Buche, also im Recht der Schuldverhältnisse, und hier wiederum im sechsten Titel, also in der Lehre vom Dienstvertrag, sie können also mit anderen Worten nur dann

---

[1]) Der Gedanke, den wirtschaftlich Schwachen vor Ausbeutung zu schützen, hat seinen Ausdruck auch außerhalb der Lehre vom Dienstvertrage gefunden. Vgl. z. B. §§ 138, 226, 247, 343, 655, 847 B. G. B. §§ 62, 63, 74 H. G. B. §§ 115 Abs. 1, 133 f Gew. O. §§ 302 a fg. St. G. B. §§ 114 fg. C. P. O. § 93 Abs. 4 Geb. O. f. Rechtsanwälte. Das Gesetz betr. die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894.

Anwendung finden, wenn es sich um einen rechtlich bestehenden, also weder anfechtbaren und angefochtenen, noch von vornherein nichtigen Dienstvertrag[1]) handelt. Wann liegt nun ein Dienstvertrag vor? Das Gesetz gibt im § 611 B.G.B. eine Begriffsbestimmung dahin, daß durch den Dienstvertrag derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere Teil zur Gewährung der versprochenen Vergütung verpflichtet wird. Wesentlich ist also die Leistung von Diensten irgend welcher Art auf der einen Seite, die Entrichtung einer Vergütung auf der anderen Seite. Werden Dienste geleistet, wird aber eine Vergütung nicht gegeben, so liegt entweder ein Auftrag, dessen rechtliche Verhältnisse nach den §§ 662 -676 beurteilt werden müssen, oder eine unter die §§ 516—534 fallende Schenkung[2]) oder auch ein Vertrag eigener Art vor. In keinem dieser Fälle können die §§ 616 und 617 Anwendung finden.

Schwieriger wie die Abgrenzung von den zuletzt erwähnten Verträgen gestaltet sich die Scheidung des Dienstvertrages vom Werkvertrage, der in den §§ 631—651 seine Regelung erfahren hat. Das Gesetz gibt die Begriffsbestimmung des Werkvertrages im § 631. Hiernach wird durch den Werkvertrag der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet, und es kann Gegenstand des Werkvertrages sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein. Während also beim Dienstvertrage die Leistung der Dienste für sich betrachtet, die Arbeit als solche, ohne Rücksicht auf den Erfolg vergütet wird, ist Gegenstand des Werkvertrages das Werk im engeren oder weiteren

---

[1]) Es muß hierbei vorläufig der nachfolgenden Darstellung vorbehalten bleiben, diejenigen Dienstverträge auszuscheiden, auf die die §§ 616 und 617 nicht ohne Weiteres, nur zum Teil, oder überhaupt nicht angewandt werden können.

[2]) Dann nämlich, wenn z. B. der A. dem B. einen Vermögensvorteil dadurch zuwendet, daß er den C. bezahlt und ihn für den B. Dienste verrichten läßt. Würde A. selber unentgeltlich arbeiten, würde eine Schenkung gemeinhin deshalb nicht vorliegen, weil er nichts aus seinem Vermögen aufwendet.

Sinne, das Erzeugnis der Dienste oder Arbeit. Vergütung wird hier nur geschuldet für das Arbeitsprodukt, für den Erfolg ohne Rücksicht auf die geleisteten Dienste.[1]) Beauftrage ich beispielsweise einen Glaser, das Schaufenster meines Ladens von Ölfarbe zu reinigen, so wird er auf Grund des geschlossenen Vertrages die vereinbarte Vergütung im allgemeinen nur dann fordern können, wenn er den versprochenen Erfolg, das Reinsein des Fensters, auch herbeiführt, mag er auch erfolglos tagelang daran gearbeitet haben. Gebe ich dagegen meinem Dienstmädchen die gleiche Weisung wie dem Glaser, so bin ich nicht berechtigt, Lohnabzüge zu machen, mag auch das Fenster nach der Arbeit so schmutzig wie zuvor sein. Hinsichtlich des Glasers liegt eben Werkvertrag, hinsichtlich des Mädchens Dienstvertrag vor, ersterer wird bezahlt nur für den Erfolg, letztere für ihre Arbeit ohne Rücksicht auf Erfolg. Natürlich ist ein Vertrag auch in der Weise denkbar, daß ich mit einem Glaser vereinbare, er solle lediglich dafür bezahlt werden, daß er sich mit dem Reinigen meines Fensters befassen, und daß er ohne Rücksicht auf wirkliches Reinwerden Vergütung erhalten soll. Dann liegt natürlich ein Dienstvertrag vor.

Wie dies Beispiel zeigt, ist für die Entscheidung der Frage, ob ein Arbeitsvertrag als Dienst- oder als Werkvertrag aufzufassen ist, in erster Linie maßgebend, was die Parteien beabsichtigt haben, ob nur bei eingetretenem Erfolg oder schon für die Arbeit als solche Vergütung geschuldet werden sollte. Sind sich die Parteien über ihre Absicht nicht klar geworden, so muß die Auffassung des Verkehrs die Richtschnur abgeben. Für die Entscheidung wird häufig der Umstand wesentlich sein, ob Gegenstand des Vertrages von vornherein nur eine einzelne oder auch mehrere im Voraus in ihrem Umfang genau bestimmte Leistungen sind, oder ob es sich um dauernde, im Voraus nicht genau bestimmte Leistungen handelt. Im ersten Falle wird meistens Werkvertrag, im letzteren Dienstvertrag vorliegen. Auch in der mehr oder minder großen Abhängigkeit des einen Vertragschließenden vom andern ist ein charakteristisches Unterscheidungsmerkmal für den Dienstvertrag vom

[1]) Motive II S. 455, 471.

Werkvertrag zu finden. Handelt es sich um einen Werkvertrag, so stehen sich Besteller und Unternehmer als gleichberechtigt gegenüber; hie Erfolg, hie Vergütung heißt es; handelt es sich um einen Dienstvertrag, so tritt der Dienstverpflichtete in ein Abhängigkeitsverhältnis zum Dienstberechtigten, vermöge dessen ersterer den Weisungen des letzteren zu folgen hat.[1]) Hiermit geht Hand in Hand, daß die Gefahr beim Dienstvertrag der Dienstberechtigte, beim Werkvertrag der Unternehmer trägt.[2])

Die Grenzen zwischen Werkvertrag und Dienstvertrag sind, wie das überall da der Fall ist, wo die Verkehrsanschauung bei der Bestimmung eines Begriffes mitwirken muß, flüssig, das zeigt sich besonders in den Fällen der dauernden Arbeit gegen Stücklohn.[3])

Erwähnt sei noch, daß das Gesetz zwei Arten des Werk- oder Dienstvertrages besonders geregelt hat, nämlich den als Unterart des Werkvertrages zu betrachtenden Mäklervertrag

---

[1]) Vgl. das Urteil des O. L. G. Naumburg vom 19. Jan. 1906. (Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Band 12 S. 270) „Es ist nicht anzunehmen, daß bei solcher Abhängigkeit von für die Ausführbarkeit der übernommenen Aufgabe in gewisser Zeit so erheblichen Entschließungen der Beklagten die Kläger eine Vertretung für das Gelingen der Beförderung in zeitlicher Beziehung hätten übernehmen sollen und wollen."
Burchard: Die Rechtsverhältnisse der gewerblichen Arbeiter S. 21.

[2]) Hierin findet fälschlich Rümelin a. a. O. den eigentlichen und alleinigen Unterschied zwischen Dienstvertrag und Werkvertrag. Wäre die Ansicht Rümelin's richtig, so würden Dienstvertrag und Werkvertrag in einem höheren Begriff aufgehen; die für den Werkvertrag gegebenen Vorschriften würden, was auch der genannte Autor zugibt, für den Dienstvertrag passen und umgekehrt. Das B. G. B. hat aber beide Verträge in getrennten Titeln behandelt und hat für den Werkvertrag von den für den Dienstvertrag gesetzten Regeln abweichende Vorschriften gegeben, und zwar nicht nur hinsichtlich der Gefahrtragung. Das Gesetz gibt in Sonderheit im § 631 eine Begriffsbestimmung des Werkvertrages, die von der im § 611 B. G. B. gegebenen Definition des Dienstvertrages abweicht.

[3]) Eingehender kann im Rahmen dieser Arbeit auf den Unterschied zwischen Dienst- und Werkvertrag nicht eingegangen werden. Verwiesen sei dieserhalb auf Planck Vorbemerkungen VIII Nr. 3 zum Titel Dienstvertrag. Hachenburg a. a. O., Rümelin a. a. O., Lotmar a. a. O. S. 328, Siegel a. a. O. S. 6—9, Burchardt die Rechtsverhältnisse der gewerblichen Arbeiter, S. 17 flg. Endemann a. a. O. Bd. I. S. 1098 flg.

und den Verwahrungsvertrag, durch den der Verwahrer verpflichtet wird, eine ihm von dem Hinterleger übergebene, bewegliche Sache aufzubewahren. Letzterer kann allerdings als Unterart eines der genannten Verträge nur dann angesehen werden, wenn er entgeltlich ist. Weder für die rechtliche Beurteilung eines Mäklervertrages noch für die eines Verwahrungsvertrages können natürlich die §§ 616 und 617 B. G. B. jemals in Frage kommen.[1])

## 2) Anwendung der §§ 616 u. 617 auf Gebieten, die durch Spezialgesetzgebung geregelt sind.

Mit der Feststellung, daß die §§ 616 und 617 nur auf Dienstverträge Anwendung finden können, und damit, daß diese Dienstverträge von anderen Verträgen abgegrenzt worden sind, ist indessen keineswegs das Anwendungsgebiet der erwähnten Bestimmungen festgelegt. Gerade auf dem Gebiete der Dienstverträge finden sich eine Reihe von Specialgesetzen, welche die unter ihre Normen fallenden Dienstverträge einer besonderen Regelung unterziehen, und es wird oft zweifelhaft sein, ob ein Dienstverhältnis nach B. G. B. oder nach einem der Specialgesetze zu beurteilen ist. Diese Specialgesetze sind das H. G. B., die R. Gew. O., die verschiedenen reichsgesetzlich durch Art. 95 E. G. B. G. B. zugelassenen und landesrechtlich überall gesetzten Gesindeordnungen, die Seemannsordnung vom 2. 6. 02., die Strandungsordnung vom 17. 5. 74., das Reichsgesetz vom 15. 6. 95 betr. die privatrechtlichen Verhältnisse der

---

[1]) Theoretisch wäre es denkbar, daß beim entgeltlichen Verwahrungsvertrag § 616 Anwendung finden könnte. Der entgeltliche Verwahrungsvertrag ist nämlich nur eine Art des Dienstvertrages, welcher nur in Rücksicht auf die Eigenart der vom Verwahrer zu leistenden Dienste eine besondere Regelung erfahren hat. Das gemeine Recht nahm bei entgeltlicher Verwahrung schlechthin Dienstvertrag an. Nur durch die Beschränkung auf die Verwahrung unterscheidet sich der entgeltliche Verwahrungsvertrag vom Dienstvertrag, eine Scheidung, die schwierig und praktisch geringfügig ist. Der § 616 würde daher sicherlich analoge Anwendung finden können. Daß dies aber nur theoretische Bedeutung hat, ergibt sich ohne weiteres aus der Eigenart der vom Verwahrer zu leistenden Dienste. (Vgl. Matthiaß a. a. O. Band I S. 545. Cosack a. a. O. Band I S. 552.)

Flößerei, sowie endlich das Reichsgesetz betr. die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschiffahrt vom gleichen Datum. Will man daher das Geltungsgebiet der §§ 616 und 617 bestimmen, so muß man erstens zeigen, auf welche Verhältnisse diese Specialgesetze Anwendung finden, und zweitens, ob und in wieweit trotz dieser Specialgesetze das B. G. B. seine Bedeutung behauptet.

Die R. Gew. O. findet Anwendung auf die Dienstverhältnisse der gewerblichen Arbeiter (Gesellen, Gehilfen, Lehrlinge, Betriebsbeamten, Werkmeister und Techniker sowie der Fabrikarbeiter),[1]) das H. G. B. auf die Dienstverhältnisse der Handlungsgehülfen und Handlungslehrlinge, während die Gesindeordnungen, wie schon der Name besagt, die Dienstverhältnisse des Gesindes regeln.

Was unter einem gewerblichen Arbeiter zu verstehen ist, dürfte ohne weiteres klar sein, umsomehr, als das Gesetz selbst den Kreis der Personen, die es hierher gerechnet wissen will, näher bezeichnet.

Nach § 59 H. G. B. ist Handluugsgehülfe, wer in einem Handelsgewerbe zur Leistung kaufmännischer Dienste gegen Entgelt angestellt ist.[2]) Es muß sich also einmal um ein Handelsgewerbe handeln, zum andern muß der Gehilfe kaufmännische Dienste verrichten, drittens muß er Entgelt erhalten. Was ein Handelsgewerbe ist, ergibt sich aus den § 1—3 H. G. B. Der Begriff des Handlungslehrlings ist mit dem des Handlungsgehülfen nahe verwandt. Handlungslehrling ist, wer auf Grund eines Lehrvertrages in dem Geschäfte eines Kaufmanns tätig ist, um sich in den Fertigkeiten, die die Ausübung des kaufmännischen Gewerbes erfordert, unterweisen zu lassen.

Auf welche Verhältnisse die Seemannsordnung Anwendung findet, ergibt sich aus den §§ 1 bis 3 dieses Gesetzes. In welchem Umfange die Reichsgesetze betr. die privatrechtlichen Verhältnisse der Flößerei resp. der Binnenschiffahrt zur Anwendung gelangen, ergibt sich einmal schon aus ihrem Namen, und zum Andern aus den §§ 1 fg., 17 des Flößereigesetzes resp. den §§ 1, 2, 21, 26, des Binnenschiffahrtsgesetzes. Was

---

[1]) Vgl. R. Gew. O. Titel 7.

[2]) Vgl. des Näheren Lehmann a. a. O. S. 191.

endlich die Strandungsordnung anbetrifft, so regelt sie das Verfahren bei der Bergung und Hilfsleistung in Seenot sowie bei der Bergung von Seeauswurf und strandtristigen Gegenständen.

Nicht so einfach ist der Begriff des Gesindes zu bestimmen. Reichsgesetzlich ist hierüber nichts festgesetzt. Die Festlegung des Begriffes ist vielmehr den Landesgesetzen vorbehalten.[1]) Die Landesgesetze können hierbei natürlich nicht völlig willkürlich vorgehen, denn einmal sind ihnen durchs Reichsgesetz, das dem Landesgesetz ja stets vorgeht, dadurch, daß für bestimmte Kreise von Personen so z. B. für die Handlungsgehilfen, Handlungslehrlinge und gewerblichen Arbeiter Specialgesetze erlassen sind, Schranken gezogen,[2]) und zum andern zieht ihnen solche Schranken die Anschauung des Verkehrs, über die sich kein Gesetzgeber ungestraft hinwegsetzen kann und wird.[3])[4]) Immerhin ist es aber möglich, daß ein Landesgesetz einen bestimmten Kreis von Personen nicht zum Gesinde rechnet, während ein anderes diesen nämlichen Kreis von Personen in

---

[1]) Vgl. Fuld, das bürgerliche Recht und das Gesinderecht S. 95. Lotmar a. a. O. S. 17—18 u. eodem S. 19 Anm. 1.

[2]) Weitere in der erwähnten Richtung den Landesgesetzen gezogene Schranken finden sich in der Seemannsordnung vom 2. 6. 02, im Binnenschiffahrtsgesetz vom 15. 6. 95 § 20 fg., im Flößereigesetz vom 15. 6. 95 § 16 fg.

[3]) Verfehlt ist es, wenn Fuld (das bürgerliche Recht und das Gesinderecht S. 99) behauptet, es verstoße gegen das Reichsgesetz, insbesondere gegen § 622 B. G. B., wenn ein Landesgesetz Lehrer und Erzieher, Privatbeamte und Gesellschafterinnen in sein Geltungsgebiet hineinziehen wolle. Es ist sehr wohl denkbar, daß das B. G. B. aus socialpolitischen Rücksichten mit dem § 622 lediglich eine Einzelbestimmung auf einem von ihm sonst nicht geregelten Gebiet hat erlassen wollen. Die Schranke, welche verbietet, die erwähnten Personen dem Gesinde zuzurechnen, liegt vielmehr in der Anschauung des Verkehrs.

[4]) Von Seiten der Vertreter der verbündeten Regierungen ist in der Reichstagskommission — Haymannsche Ausgabe des Berichtes S. 51 — die Erklärung abgegeben: Der Vorbehalt des Artikel 95 beziehe sich nur auf das Gesinde, Dienstverträge solcher Personen, welche nicht zum Gesinde gehörten, unterlägen, vorbehaltlich der neben dem B. G. B. bestehenden besonderen reichsgesetzlichen Vorschriften, den Vorschriften des B. G. B. auch insoweit als das Landesrecht gewisse Vorschriften des Gesinderechtes auf nicht zum Gesinde gehörende Personen anwendet. (Radatz a. a. O.)

sein Geltungsgebiet hineinzieht.[1]) Wo das Landesgesetz den Begriff des Gesindes gleichfalls nicht bestimmt hat, wie das z. B. für Mecklenburg der Fall ist, ist die Verkehrsanschauung ausschließlich maßgebend. Nach dieser Verkehrsanschauung wird ein Gesindeverhältnis nur vorliegen wenn[2])

a, Dienste im Hausstande oder im landwirtschaftlichen Betriebe des Dienstherrn zu leisten sind, welche nicht zu den Diensten höherer Natur gehören,

b, der Dienende in die häusliche Gemeinschaft des Dienstberechtigten aufgenommen und der Hausgewalt des Letzteren unterworfen ist,

c, das Vertragsverhältnis für eine gewisse Dauer, (wenn auch für eine bestimmte Zeit z. B. für die Ernte) eingegangen ist.

Allgemein verstehen die Landesgesetze unter Gesinde solche Personen, welche sich zur Leistung von häuslichen oder wirtschaftlichen Diensten niederer Art einem bestimmten Dienstherrn gegenüber gegen Lohn verpflichtet haben, und welche in die häusliche Gemeinschaft dieses Dienstherrn aufgenommen sind. Allenthalben werden Personen, welche vermöge ihrer wissenschaftlichen Bildung oder ihrer socialen Stellung über das Verhältnis der Dienstboten hinausragen, nicht zu dem Gesinde gerechnet.[3])

Würden nun die §§ 616 und 617 B. G. B. nur auf das verhältnismäßig kleine Gebiet von Dienstverträgen Anwendung finden, die unmittelbar dem B. G. B. unterfallen, so wäre ihre Bedeutung keine besonders große. Das ist aber nicht der Fall. Mit dem Erlaß eines Specialgesetzes für ein bestimmtes Gebiet ist die Geltung des B. G. B. keineswegs schlechtweg ausgeschlossen. Das B. G. B. greift vielmehr in allen Fragen, welche durch das Specialgesetz nicht geregelt sind, ergänzend ein[4]), es kann nur da keine Anwendung finden, wo

---

[1]) Näheres s. bei Lotmar I. S. 17 fg.

[2]) Vgl. Langfeld a. a. O. S. 681 und 682.

[3]) Vgl. Fuld: Das bürgerliche Recht und das Gesinderecht a. a. O. S. 99.

[4]) Vgl. E. G. B. G. B. Art 32. Blume (Art. 32 E. G. B. G. B. a. a. O. S. 139.) „Das B. G. B. ist auf die von der Gew. O. und dem

durch das Specialgesetz eine erschöpfende Regelung erfolgt ist, und wo daher für ein solches Eingreifen des B. G. B. kein Raum besteht. Eine derartige erschöpfende Regelung für alle in ihr Geltungsgebiet fallenden Fragen bringt, wenigstens auf dem Gebiete der Dienstverträge, keines der hier in Betracht kommenden Reichsgesetze.[1]) Alle bringen lediglich Einzelbestimmungen für Sondertatbestände. Eine erschöpfende Regelung bringen von den hier in Frage kommenden Gesetzen nur die Gesindeordnungen, hier kann deshalb das B. G. B. nur da Anwendung finden, wo es reichsgesetzlich vorgeschrieben ist, oder wo das Gesinderecht auf das B. G. B. verweist. Es ist demgemäß, will man das Geltungsgebiet der §§ 616 und 617 feststellen, hinsichtlich der Reichsspecialgesetze zu untersuchen, ob und inwieweit hier Bestimmuugen getroffen worden sind, die denselben Tatbestand wie die §§ 616 und 617 ganz oder zum Teil umfassen, und die daher an und für sich den erwähnten Bestimmungen unterfallen würden. Hinsichtlich der Gesindeordnungen wäre festzustellen, ob letztere auf die §§ 616 und 617 verweisen oder reichsgesetzlich ihre Anwendung resp. Geltung vorgeschrieben ist.

Was zunächst die Gew. O. und das H. G. B. anbetrifft, so ist hier hinsichtlich des § 616 B. G. B. für einzelne von ihm mitumfaßte Tatbestände eine besondere Regelung getroffen und zwar im H. G. B. durch § 63, in der Gew. O. durch § 133c unter 4.[2])

---

H. G. B. getroffenen Arbeitsverhältnisse stets anzuwenden, wenn jene Nebengesetze für den in Frage stehenden Tatbestand eine ausdrückliche Regelung nicht enthalten.“ Vgl. auch Bonn a. a. O. S. 16 fg.

[1]) Vergl. Planck Bem. 4a zu § 616. Scheiff a. a. O. S. 2. Siegel a. a. O S. 13. Nelken a. a. O. Vollmer a. a. O. S. 25. Cosack a. a. O. S. 511 unter 2b. Blume Art. 32 E. G. zu B. G. B. und § 616 B. G. B. a. a. O. S. 138. Gewerbegericht 4. Jahrg. Sp. 57, 77—79 Nr. 5 unter 7. Hinsichtlich der Gewerbeordnung Frankenberg: Die Lohnzahlung bei vorübergehender Arbeitsverhinderung nach § 616 des Bürgerlichen Gesetzbuches. Hinsichtlich des Handelsrechtes Lehmann a. a. O. S. 3.

[2]) Die §§ 63 H. G. B. und 133c Gew. O. lauten, soweit sie hier in Frage kommen: H. G. B. § 63: Wird der Handlungsgehülfe durch unverschuldetes Unglück an der Leistung der Dienste ver-

Vergleicht man den § 616 B. G. B. mit dem § 53 H. G. B., so findet man, daß der Tatbestand des § 63 H. G. B. in dem des § 616 B. G. B. enthalten ist, denn ein unverschuldetes Unglück ist zweifellos auch ein in der Person des Dienstverpflichteten liegender Hinderungsgrund im Sinne des § 616 B. G. B.[1]) Der § 63 H. G. B. ist aber weit enger wie § 616 B. G. B. und es behält daher 616 B. G. B. auf dem Gebiete des Handelsrechtes mit dem Teile seines Tatbestandes, der sich über die verhältnismäßig engen Grenzen des § 63 H. G. B. hinauserstreckt, seine Gültigkeit, nämlich in all den Fällen, in denen der Handlungsgehülfe oder Handlungslehrling durch einen in seiner Person liegenden Grund, der nicht als unverschuldetes Unglück bezeichnet werden kann, an der Leistung der Dienste verhindert wird.[2])

Wie § 63 H. G. B. so kann auch § 133 c Nr. 4 Gew. O. in dem Tatbestand des § 616 B. G. B. mitenthalten sein, auch

---

hindert, so behält er seinen Anspruch auf Gehalt und Unterhalt, jedoch nicht über die Dauer von 6 Wochen hinaus.

Gew. O. 133c: Gegenüber den im § 133a bezeichneten Personen (das sind Betriebsbeamte, Werkmeister und ähnliche Angestellte, Maschinentechniker, Bautechniker, Chemiker, Zeichner u. dergl.) kann die Aufhebung des Dienstverhältnisses verlangt werden:

4) Wenn sie durch anhaltende Krankheit oder durch eine längere Freiheitsstrafe oder Abwesenheit an der Verrichtung ihrer Dienste verhindert werden.

In dem Falle zu 4 bleibt der Anspruch auf die vertragsmäßigen Leistungen des Arbeitgebers für die Dauer von sechs Wochen in Kraft, wenn die Verrichtung der Dienste durch unverschuldetes Unglück verhindert worden ist.

[1]) Vgl. Blume Art. 32 zu B. G. B. u. § 616 B. G. B. a. a. O. S. 139. Vgl. auch Lehmann a. a. O. S. 198.

[2]) Übereinstimmend Hachenburg a. a. O S. 57. Vgl. auch Lehmann a. a. O. S. 59.

Die Ansicht von Hilse, (Recht 6. Jahrg. Nr. 3) daß der § 616 auf dem Gebiete der Gew. O. überhaupt nicht angewandt werden kann, beruht, wie schon Blume (Art. 32 E. G. zu B. G. B. a. a. O. S. 139) zutreffend hervorgehoben hat, auf einer falschen Auffassung des Verhältnisses zwischen B. G. B. u. Gew. O. (vgl. E. G. B. G. B. Art. 32.) Den gleichen Fehler wie Hilse macht Frankenberg (Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogtum Braunschweig 1899 Nr. 8) bzgl. des Verhältnisses zwischen H. G. B. u. B. G. B., wenn er unter Hinweis auf § 63 H. G. B. bemerkt, daß die Vorschrift des § 616 sich allgemein auf alle Verhältnisse mit Ausnahme der Verhältnisse des Handelsstandes und im Gesinderecht bezöge.

hier zeigt dies ohne weiteres ein Vergleich beider Bestimmungen. Aber einmal spricht der § 133 c Nr. 4 Gew. O. nur von Personen, welche nicht lediglich vorübergehend mit der Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebes oder einer Abteilung desselben beauftragt oder mit höheren technischen Dienstleistungen betraut sind, und zum andern erfordert sein Tatbestand eine anhaltende Krankheit, eine längere Freiheitsstrafe oder Abwesenheit. Es ist also mit andern Worten einmal der Kreis von Personen, auf die er sich erstreckt, ein viel beschränkterer, wie dies im § 616 B. G. B. der Fall ist, und zum andern wird eine anhaltende Krankheit oder längere Freiheitsstrafe oder Abwesenheit sich nur in den seltensten Fällen als eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit im Sinne des § 616 B. G. B. darstellen. Im Übrigen fallen unter § 63 H. G. B. nur Verhinderungen infolge von Krankheit, Freiheitsstrafe oder Abwesenheit, während im Gegensatz zu § 616 B. G. B. sonstige Fälle der Behinderung des Dienstverpflichteten überhaupt nicht getroffen werden. Man wird also sagen müssen, daß der § 616 B. G. B. auf dem Gebiete der Gewerbeordnung seine volle Bedeutung behauptet. Das Gleiche ist für das Gebiet der Seemannsordnung, der Strandungsordnung, des Binnenschifffahrtsgesetzes sowie des Flößereigesetzes zu sagen. Alle vier Gesetze enthalten keine Bestimmung, die sich mit der des § 616 B. G. B. ganz oder zum Teil deckt. Bemerkt muß dabei allerdings werden, daß nach § 20 [1] des Binnenschiffahrtsgesetzes der Schiffer den Vorschriften untersteht, welche für die im § 133 a der Gewerbeordnung bezeichneten Personen gelten, soweit nicht das Binnenschifffahrtsgesetz etwas anderes bestimmt, und daß eine gleiche Bestimmung hinsichtlich des Floßführers im § 16 [1] des Flößereigesetzes enthalten ist.

Was den § 617 B. G. B. anbetrifft, so beansprucht er sowohl auf dem Gebiete des Handelsrechtes als auf dem Gebiete der Gewerbeordnung völlige Gültigkeit.[1]) Das Gleiche ist hinsichtlich der Seemannsordnung, der Strandungsordnung,

---

[1]) Vgl. Lehmann a. a. O. S. 198. Für die Gewerbeordnung wird allerdings immer § 617 Abs. 2 B. G. B. zutreffen, es sei denn, daß der Dienstverpflichtete mehr wie 2000 Mk. Gehalt bezieht (§ 2b des Kranken-vers.-Ges.)

des Binnenschiffahrts- sowie des Flößereigesetzes zu sagen. Keines dieser Specialgesetze enthält eine Bestimmung, die ganz oder teilweise denselben Tatbestand wie § 617 B. G. B. umfaßt.[1]) Günstig für den Handlungsgehülfen kommt auf dem Gebiete des H. G. B. noch der § 72 Ziff. 3 in Verbindung mit Absatz 4 hinzu; für die Personen, welche der Seemannsordnung unterstehen, der § 59 der neuen Seemannsordnung vom 2. Juli 1902, in der Fassung, welche er durch das Reichsgesetz vom 12. Mai 1904 (Reichsgesetzblatt 1904 S. 167) erhalten hat. Diese Paragraphen haben aber mit dem Tatbestand des § 617 B. G. B. deshalb nichts gemein, weil sie eine Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft, wie dies § 617 B. G. B. tut, nicht erfordern.

Auf dem Gebiete des Gesinderechts können, wie bereits erwähnt, die §§ 616 und 617 nur dann Anwendung finden, wenn die Gesindeordnungen auf sie verweisen, oder wenn reichsgesetzlich ihre Anwendung vorgeschrieben ist. Was zunächst den § 616 betrifft, so würde es zu weit führen, wollte man im Rahmen dieser Arbeit die Gesindeordnungen sämtlicher deutschen Bundesstaaten daraufhin untersuchen ob sie auf ihn verweisen. Bemerkt sei nur kurz, daß der § 616 für Preußen durch Art. 14 § 1 A. G. zu B. G. B. für anwendbar erklärt ist, daß er dagegen in der mecklenburgischen Gesindeordnung keinen Platz gefunden hat. Reichsgesetzlich vorgeschrieben ist die Anwendung des § 616 B. G. B. für das Gesinderecht nicht.

Hinsichtlich des § 617 ist durch Art. 95 E. G. B. G. B. reichsgesetzlich bestimmt, daß er auf dem Gebiete der Gesindedienstverträge überall insoweit anzuwenden ist, als die Landesgesetze dem Gesinde nicht weitergehende Ansprüche gewähren. Hierbei ist, wie dies Cohn[2]) zutreffend tut, zu bemerken, „daß nicht die Fürsorgepflicht der Dienstherrschaft, wie sie sich in der betreffenden Gesindeordnung im allgemeinen darstellt, daß nicht etwa die dem Gesinde im allgemeinen oder prinzipiell günstigere Behandlung durch die eine oder andere Rechtssatzung maß-

[1]) Verwiesen sei auf § 123 Abs. 3, § 127b Abs. 2, § 134 Gew. O., sowie ferner auf § 76 Abs. 1 H. G. B.

[2]) Cohn a. a. O. S. 392.

gebend sein darf, sondern daß jeder einzelne Fall getrennt nach § 617 B. G. B. und Landesrecht zu untersuchen, und dann das Resultat zu vergleichen ist.“ Die auf Grund dieses Vergleiches als die dem Gesinde günstiger sich darstellende Position ist demselben zuzuweisen.[1]) Nur wenn man dieser Anschauung huldigt, wird man der Tendenz des Gesetzes gerecht.

## § 3.

Wie erwähnt verdanken die §§ 616 und 617 ihre Entstehung socialpolitischen Rücksichten, Gründen der Humanität. Der gute Zweck eines socialpolitischen Gesetzes, den wirtschaftlich Schwachen gegen Ausbeutung zu schützen, würde häufig vereitelt werden, wenn es den Parteien freistünde, seine Vorschriften durch Parteivereinbarungen auszuschließen. Der wirtschaftlich Stärkere würde seine Macht benutzen, um diesen Ausschluß zu erzwingen, und dies umsomehr, mit je größeren Lasten er durch das socialpolitische Gesetz belegt ist. In weiser Voraussicht dessen bestimmt daher der § 619 B. G. B., daß die dem Dienstberechtigten nach § 617 obliegenden Verpflichtungen nicht im Voraus durch Vertrag aufgehoben oder beschränkt werden könnten. Hierbei heißt, wie in der Kommission im Einverständnis mit den Vertretern der verbündeten Regierungen festgestellt wurde, im Voraus soviel als „nicht vor Beendigung“ des Dienstverhältnisses.[2]) Mit Unrecht bemerkt Hachenburg,[3]) daß diese Erklärung nicht völlig einwandsfrei sei, denn „wenn der Anspruch bereits entstanden sei, so werde auch bei bestehenden

[1]) Abweichend die Entscheidung des preußischen Oberverwaltungsgerichtes vom 27. November 1902 Band 42 S. 321, in der es heißt: „Bei dieser Vergleichung kommt es lediglich auf die gesetzlichen Bestimmungen als solche und nicht darauf an, wie sie bei den einzelnen Dienstverhältnissen nach den dafür über die Höhe der Vergütung der Dienste und dergleichen getroffenen besonderen Vereinbarungen wirken.“

[2]) Fischer-Henle a. a. O. Anm. 2 zu 619. Matthiaß, Band I, S. 521.

[3]) Hachenburg a. a. O. S. 65. Übereinstimmend mit ihm Langfeld a. a. O. S. 690 Nr. 6 Satz 2. — Schultzenstein a. a. O. S. 92. Planck Bem. 3 zu 619, der in Bem. 2 zu 619 im Widerspruche zu seiner Bem. 3 abgegebenen Erklärung, die in der Kommission gegebene Erläuterung daß im Voraus soviel bedeute wie nicht vor Beendigung des Dienstver, hältnisses, anführt und dazu bemerkt, daß sie nicht zu beanstanden sei.

Dienstverhältnisse kein Bedenken gegen die Zulässigkeit von Verzicht und Vergleich bestehen." Der Dienstverpflichtete steht, solange das Dienstverhältnis dauert, stets unter dem überlegenen Einflusse des Dienstberechtigten. Dieser Einfluß wird den Dienstverpflichteten seine Entschließungen häufig nicht so treffen lassen, wie er das bei völliger Freiheit seines Willens tun würde. Erwägt man, daß dieser überlegene Einfluß des Dienstberechtigten gerade zu einer Zeit auf den Dienstverpflichteten einwirkt, wo er unter der Last der Krankheit sowieso weniger widerstandsfähig ist, so wird man nicht verkennen, daß die dem Dienstverpflichteten drohende Gefahr nicht zu unterschätzen ist. Erliegt er ihr, d. h. verzichtet er auf seinen Anspruch, so hat er ihn nach Hachenburg unwiederbringlich verloren,[1]) nach der hier vertretenen Anschauung nicht. Den Dienstverpflichteten tunlichst zu schützen, ist aber der ganze Zweck des § 619.[2]) Es ist daher an der in der Kommission gegebenen Erklärung des Begriffes im Voraus festzuhalten.

Der § 619 B. G. B. besagt, soweit er hier in Frage kommt nur, daß die dem Dienstberechtigten nach § 617 obliegenden Verpflichtungen nicht im Voraus durch Parteivereinbarungen aufgehoben oder beschränkt werden können, und läßt den § 616 unerwähnt. Wie verhält sich nun § 616 zu einer seiner Norm entgegenstehenden Parteivereinbarung? Für die dispositive Natur des § 616 ist mit Recht die herrschende Lehre.[3]) Anhänger der gegenteiligen Meinung sind

---

[1]) Der § 136 B. G. B. wird in den seltensten Fällen helfen können.

[2]) Aus den gleichen Gründen wie die Ansicht von Hachenburg ist auch die Meinung von Schultzenstein zu verwerfen, der im Voraus gleich „für die Zukunft" setzen will. (Schultzenstein a. a. O. S. 92.)

[3]) Planck, Bem. 1 Abs. 2 zu 616. Burchardt: Die Rechtsverhältnisse der gewerblichen Arbeiter S. 45. — Staub: Kommentar z. H. G. B. 1900 S. 262. — Blume: Im Recht, 6. Jahrgang Nr. 1 S. 7. — Scheiff a. a. O. S. 6 fg. — Sigel a. a. O. S. 63. — Rönnberg a. a. O. S. 172, 173. Entscheidung des O. L. G. zu Rostock vom 17. November 1901 in der Mecklb. Zeitschrift für Rechtspflege Band 20 S. 72. — Frankenberg in der Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogtum Braunschweig 1899 Nr. 8. — Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse Bem. 5. zu 616. — Siehr a. a. O. — Bonn a. a. O. S. 25 fg. — Endemann a. a. O. Bd. I. S. 1092. — Koppen a. a. O. S. 5., der übrigens zu Unrecht annimmt, daß die §§ 617 u. 618 erst durch die Vorschrift des § 619 zu socialpolitischen Vorschriften gestempelt wurden.

Lotmar,[1]) Hachenburg,[2]) Nelken,[3]) Vollmer,[4]) Sinzheimer[5]) und endlich Fuld.[6]) Die Mehrzahl der genannten Schriftsteller stützt ihre Ansicht damit, daß § 616 aus socialpolitischen Rücksichten entsprungen sei und eine Wohltat für die Arbeiter darstellen solle. Das ist gewiß zuzugeben. Keineswegs haben aber alle Gesetze, die ihre Entstehung socialpolitischen Rücksichten verdanken, schon deshalb allein zwingenden Charakter. Eingeräumt könnte Lotmar, Hachenburg und Vollmer weiter werden, daß es einer ausdrücklichen Erklärung der zwingenden Natur eines Rechtssatzes nicht bedürfe, daß aus dem Zwecke eines Gesetzes sich ohne Weiteres ergeben könne, daß es zwingendes Recht sein solle.[7]) Wenn aber, wie zugegeben werden kann, unnötig die §§ 617 und 618, in denen doch das socialpolitische Moment unstreitig noch deutlicher, jedenfalls in wichtigeren Bestimmungen wie im § 616 hervortritt, durch § 619 für zwingend erklärt sind, so ist nicht ersichtlich, warum § 616 hier übergangen ist. Unter diesen Umständen kann aus der Übergehung des § 616 im § 619 nur geschlossen werden, daß § 616 dispositives Recht darstelt.[8]) Vollmer führt für diese Umgehung des § 616 im § 619 B. G. B. als Grund an, daß das Gesetz zum Gebrauche für das Laienpublikum bestimmt sei, und daß die besondere Hervorhebung des § 617 und 618 nicht auch für § 616 aus dem Grunde wünschenswert erschien, weil der § 616 dem Dienstberechtigten nur eine verhältnismäßig nicht erhebliche finanzielle Leistung auferlege, während die §§ 617 und 618 Anforderungen erheblicheren Umfangs stellten. Deswegen habe man in den Fällen des § 617 und 618 in ganz anderer Weise wie bei § 616 befürchten müssen, daß die Dienstberechtigten die Dienstver-

---

[1]) Lotmar a. a. O. S. 220, 760.

[2]) Hachenburg a. a. O. S. 58.

[3]) Nelken a. a. O.

[4]) Vollmer a. a. O. S. 25.

[5]) Sinzheimer a. a. O. S. 29.

[6]) Fuld in der socialen Praxis, Band 9 Nr. 9 S. 790.

[7]) Vergl. Lotmar S. 408 in Anm. 2. „Auf socialpolitischen Gründen beruhen die meisten Vorschriften des B. G. B., darunter viele anerkannt dispositive.“

[8]) Abweichend ausdrücklich Lotmar a. a. O. S. 220 Anm. 2.

pflichteten gern ich Voraus zum Verzicht auf diese Ansprüche zu bewegen suchen würden.

Wenn es zunächst schon eine laienhafte Ansicht ist, die einer weiteren Widerlegung nicht bedarf, daß das Gesetzbuch zum Gebrauche für Laien bestimmt sei, so ist auch der zweite von Vollmer für die Umgehung des § 616 im § 619 angeführte Grund, nämlich die geringere Bedeutung des § 616 gegenüber § 617 und § 618, nicht zutreffend, sie ist vielmehr der Grund dafür, daß § 616 nicht für zwingend erkärt ist. Der Gesetzgeber wollte die Vertragsfreiheit nicht unnötig einengen. Das ganze Recht der Schuldverhältnisse steht unter dem Zeichen des Verkehrs, der um so schönere Blüten treibt, je mehr er von nutzlosen, hemmenden Fesseln befreit wird. Auf den Anspruch aus § 616 mag der Dienstverpflichtete verzichten, wenn er will, es handelt sich um geringere Werte, um Vergütung für verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit, einen nachhaltigen Schaden für sein Fortkommen, für seine Lebensbedingungen wird er durch diesen Verzicht nicht erleiden.

Wenn Vollmer endlich noch die Fassung des § 616 für seine Ansicht ins Gefecht führen will, so gibt diese Fassung weder für die eine noch für die andere Anschauung das Geringste her.[1])

Eine Inkonsequenz mutet Nelken (a. a. O.) dem Gesetze zu, wenn er meint, § 616 sei zwar zwingender Natur, wohl aber sei es möglich, die Zeitdauer, für welche Lohn zu zahlen sei, und welche § 616 B. G. B. unbestimmt lasse, vertraglich näher zu bestimmen, und eine solche Bestimmung sei sogar im Interesse der Streitvermeidung zu empfehlen. Wenn die verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit vertragsmäßig auf ein Minimum beschränkt werden kann, warum soll dann nicht ihr völliger Ausschluß möglich sein? Wo ist die Grenze der Beschränkung? Eine Herabsetzung dieser verhältnismäßig nicht erheblichen Zeit muß schließlich folgerichtig zum Ausschluß führen. Außerdem nützt dem Arbeiter die Vergütung, die geleistet wird, wenn ein Minimum als Maximum der Zeit der Behinderung, für die gezahlt wird, vereinbart ist, auch nichts, sie macht ihn nicht reich und nicht arm. Wenn § 616 zwingend

[1]) Übereinstimmend Scheiff a. a. O. S. 8.

wäre, so wäre es nur folgerichtig, wenn dem Ermessen des Richters nicht vorgegriffen werden könnte, und wenn es also nicht angängig wäre, die Zeit, die als verhältnismäßig nicht erheblich zu betrachten ist, durch Parteivereinbarung näher festzulegen.

Scheiff[1]) bemerkt übrigens noch, daß von einigen Gewerbeinspektoren gegen die Statthaftigkeit der Ausschließung des § 616 B. G. B. das Bedenken geltend gemacht werde, daß die vertragsmäßige Beseitigung der Vorschrift gegen die guten Sitten verstoße. Von einem derartigen Verstoß gegen die guten Sitten kann natürlich nicht die Rede sein. Der bloße Ausschluß einer dispositiven Vorschrift stellt für sich betrachtet niemals einen Verstoß gegen die guten Sitten dar. Das Gesetz beginge ja sonst dadurch, daß es die Vorschrift zu einer dispositiven gemacht hat, selbst eine Unsittlichkeit. Ein derartiger Verstoß gegen die guten Sitten kann immer erst dann gegeben sein, wenn an die Stelle der dispositiven Regel unsittliche Vereinbarungen treten. Das Unsittliche liegt dann aber nicht in dem Ausschluß der dispositiven Vorschrift sondern in der neuen Vereinbarung.

---

## § 4.

Nachdem in der vorstehenden Darstellung das Geltungsgebiet der §§ 616 und 617 näher bestimmt ist, nachdem gezeigt worden ist, wie die genannten Paragraphen sich zu einer ihren Normen entgegenstehenden Parteivereinbarung stellen, mag es Gegenstand der folgenden Darstellung sein, Inhalt und Umfang der durch sie dem Dienstberechtigten auferlegten socialen Verpflichtungen näher zu erörtern. Zu diesem Zwecke sei zunächst der § 616 in seinem Wortlaute angeführt, er lautet:

> Der zur Dienstleistung Verpflichtete wird des Anspruchs auf die Vergütung nicht dadurch verlustig, daß er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Ver-

---

[1]) Scheiff a. a. O. S. 8.

schulden an der Dienstleistung verhindert wird. Er muß sich jedoch den Betrag anrechnen lassen, welcher ihm für die Zeit der Verhinderung aus einer auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehenden Kranken- oder Unfallversicherung zukommt.

Bevor an die Feststellung der vielen, im § 616 enthaltenen streitigen Begriffe gegangen wird, mag hinsichtlich des § 616 allgemein noch das Folgende bemerkt werden:

Der § 616 ist nicht nur dann anwendbar, wenn die Vergütung für die Dienstleistung nach Zeit bemessen ist, oder wenn eine einmalige Vergütung erfolgt, sondern auch dann, wenn Stücklohn gegeben wird.[1]) Dies ergibt sich einmal aus § 623 B. G. B., in welchem es ausdrücklich heißt: „Ist die Vergütung nicht nach Zeitabschnitten bemessen," und zum Andern aus der Entstehungsgeschichte des § 616. Der Entwurf I sprach nur von dauernden, die Erwerbstätigkeit des Verpflichteten hauptsächlich oder ganz in Anspruch nehmenden Dienstverhältnissen. Nach dem Entwurf II sollte es genügen, wenn die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen sei. Auf Seite 47 des Kommissionsberichtes heißt es dann: „Mit großer Mehrheit gab sie dem später vom Plenum debattenlos angenommenen Paragraphen 609 (das ist der spätere § 616) die jetzige Fassung. Es sollte damit zum Ausdruck gebracht werden, daß die Regel des § 609 auch dann zur Anwendung kommt, wenn die Vergütung nicht nach Zeitabschnitten, sondern in Form von Stücklohn bemessen ist."[2])

Es ist für die Anwendbarkeit des § 616 gleichgültig, ob der Arbeitnehmer die Dienste selbst verrichtet, oder ob sie ganz oder zum Teil von dritten Personen verrichtet werden, die zu dem Arbeitnehmer wieder in einem Verhältnis stehen, vermögedessen sie für ihn arbeiten.[3])"

---

[1]) Hier wird man freilich immer streng zu scheiden haben, ob es sich um einen Dienstvertrag handelt, also um feste, regelmäßige Bezüge, oder ob Werkvertrag vorliegt.

[2]) Vgl. Hachenburg a. a. O. S. 57. — Rönnberg a. a. O. S. 193 fg. — v. Schulz a. a. O. Bd, VIII, S. 389. — Bonn a. a. O. S. 23.

[3]) Lotmar I, S. 100, 143. — Vgl. S. 35 dieser Arbeit. — Vgl. auch B. G. B. § 613.

Der Anspruch aus § 616 steht dem Dienstverpflichteten nur für die Dauer des Dienstverhältnisses, nicht über dessen Beendigung hinaus zu.[1]) Stellt sich also der Umstand, der den Dienstverpflichteten an seiner Dienstleistung hindert, als ein wichtiger Kündigungsgrund im Sinne des § 626 B. G. B. oder auch der Gewerbeordnung § 123 Ziffer 8 dar, so verliert der Dienstverpflichtete seinen Anspruch, wenn der Dienstberechtigte die Kündigung ausspricht. Anderer Ansicht ist Hachenburg[2]), er glaubt zwar auch, daß der Verpflichtete über die Dauer des Dienstverhältnisses hinaus keine Vergütung erhalte, meint aber, es müsse aus § 617 Abs. 1 Satz 4 gefolgert werden, daß der Anspruch auf Vergütung bestehen bleibe, wenn das Dienstverhältnis wegen der Erkrankung gemäß § 626 aufgehoben werde. Diese Folgerung erscheint uns zu kühn, so bedauerlich es auch im Einzelfalle erscheinen mag, daß der Dienstverpflichtete seines Anspruches durch die Kündigung beraubt wird. Gleichfalls zu einem anderen Ergebnis kommt Nelken (a. a. O.) für die Fälle, in denen Gesellen oder Gehülfen gemäß § 123 Ziffer 8 Gew. O. ohne Aufkündigung entlassen werden, weil sie zur Fortsetzung der Arbeit unfähig oder mit einer abschreckenden Krankheit behaftet sind. Er führt zur Begründung dieser seiner Ansicht aus, daß nach dem letzten Absatz des § 123 Gew. O. der Anspruch auf Entschädigung, der dem Entlassenen zustehe, nach dem Inhalt des Vertrages und den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften zu beurteilen sei, und daß demgemäß der Arbeiter Anspruch auf Lohnvergütung nach 616 habe, ohne Unterschied, ob er trotz der Verhinderung im Arbeitsverhältnis verbleibe, oder ob er aus demselben entlassen werde. Das ist u. E. nicht richtig. Das Gesetz sagt im letzten Absatz des § 123 Gew. O. nicht: Inwiefern in den unter Ziffer 8 gedachten Fällen dem Entlassenen ein Anspruch auf Entschädigung „zusteht", sondern „zustehe", und will damit unzweifelhaft dasselbe ausdrücken, als ob es sagte, „ob und in wiefern .... zusteht." Es erklärt also mit andern Worten in

---

[1]) Frankenberg in der Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogtum Braunschweig 1899 Nr. 8. — Vollmer a. a. O. S. 29. — Gew. Ger. Bd. IX S. 283.

[2]) Hachenburg a. a. O. S. 59.

den beregten Fällen der Entlassung die allgemeinen gesetzlichen Vorschriften, die einen Anspruch auf Entschädigung gewähren, nicht schlechthin für anwendbar, dergestalt, daß dem Entlassenen stets ein Anspruch zustehe, sondern es überläßt es, wenn nicht Parteivereinbarungen eingreifen, diesen einzelnen Bestimmungen, auf die es verweist, festzusetzen, ob der in ihnen gewährte Anspruch über die Dauer des Dienstverhältnisses hinaus bestehen bleibt oder nicht. Während es nun, um das nächstliegende Beispiel zu nehmen[1]), im § 617 B. G B. ausdrücklich heißt, daß, wenn das Dienstverhältnis wegen der Erkrankung von dem Dienstberechtigten nach § 626 (zu sofort) gekündigt werde, die dadurch herbeigeführte Beendigung des Dienstverhältnisses außer Betracht bleibe, ist im § 616 nichts Derartiges gesagt. Man wird infolgedessen annehmen müssen, daß auch in den Fällen, die Nelken im Auge hat, der Anspruch aus § 616 mit der Beendigung des Dienstverhältnisses fortfällt, ganz abgesehen davon, daß durch § 616 ein Anspruch auf „Entschädigung" garnicht gegeben wird, denn Vergütung ist nicht Entschädigung[2]).

Der Anspruch aus § 616 ist der Pfändung und Aufrechnung entzogen.[3])

Die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des § 616 sind nach allgemeinen Grundsätzen von den zur Dienstleistung Verpflichteten zu beweisen,[4]) er hat namentlich darzutun, daß die Verhinderung ohne sein Verschulden eingetreten ist.

Im Übrigen haben sich hinsichtlich des Inhalts und Umfanges der Verpflichtung des Dienstberechtigten bei der Auslegung des § 616 in Kürze die folgenden Zweifel ergeben:

1. Was ist unter Vergütung zu verstehen?
2. Durch welche Umstände wird bestimmt, ob eine Zeit, während welcher der Dienstverpflichtete an seiner Ar-

---

[1]) Vgl. z. B· auch § 72 Abs. 2 u. § 63 H. G. B.

[2]) Vgl. S. 32/33 dieser Arbeit.

[3]) So Lotmar a. a. O. S. 106 fg. — Siegel a. a. O. S. 66 Anm. 42. — Frankenberg. Gewerbegericht Band 4 S. 104. Band 5 S. 168, 204. — Siegel Gewerbegericht 6 S. 30, 81. — Gewerbegericht Wiesbaden Band 7 S. 29. — Sinzheimer a. a. O. S. 42. — B. G. B. § 394, C. P. O. § 850—852.

[4]) Vgl. Planck Bem. 2 b δ zu § 616 mit Hinweis auf andere. — Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse Bem. 3 zu § 616.

beit behindert ist, als verhältnismäßig erheblich anzusehen ist oder nicht?

3. Was ist ein in der Person des Dienstverpflichteten ohne sein Verschulden liegender Verhinderungsgrund?
4. Was ist unter einer auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehenden Kranken- oder Unfallversicherung zu verstehen?
5. Sind noch andere als die im Satz 2 des § 616 genannten Beträge, die dem Dienstverpflichteten von dritter Seite zukommen, oder die ihm infolge der Behinderung auf Grund von Reichsgesetzen zustehen, auf die geschuldete Vergütung anzurechnen?

## 1) Begriff der Vergütung.

Unter Vergütung versteht man bei einem Dienstvertrage das, was der Dienstverpflichtete als Entgelt,[1]) als Gegenleistung für seine Dienste von dem Dienstberechtigten erhält, resp. zu beanspruchen hat, was ihm ausdrücklich oder stillschweigend als Lohn, Gehalt, Gebühren, Besoldung, Preis, Honorar, Gage, Salär, Tantiemen, Renumeration oder dergleichen vom Dienstberechtigten zugesichert worden ist. Diese Vergütung — die Bezeichnung ist vom Gesetzgeber absichtlich so viel umfassend gewählt[2]) — kann bestehen in Geld, Kost, Wohnung für den Dienstverpflichteten persönlich sowohl, wie für seine Familie oder in sonstigen Natural- oder anderen Leistungen.[3]) Denkbar ist es auch durchaus, daß die Vergütung nur darin besteht, daß der Dienstberechtigte seinerseits dem Dienstverpflichteten Gegendienste leistet.[4]) Dem steht nicht, wie Lotmar[5]) annimmt, im Wege, daß dem Dienstvertrag die Verschiedenheit der Parteirollen wesentlich ist. Juristisch handelt es sich in diesen Fällen

---

[1]) Vgl. Lotmar I S. 119: Vergütung ist der gesetzliche Name für Entgelt sowohl beim Dienstvertrag als beim Werkvertrag.

[2]) Vgl. Lotmar I S. 119: Am indifferentesten sind die Ausdrücke Vergütung und Lohn.

[3]) Vgl. auch B. G. B. § 241 Satz 2, § 812 Abs. 2, § 397 Abs. 2.

[4]) Vgl. Crome: Partiarische Rechtsgeschäfte 1897 S. 142. — Vgl. auch Riezler Werkvertrag S. 161.

[5]) Lotmar I S. 161.

nämlich nicht um einen sondern um zwei Dienstverträge,[1]) in denen beiden das Entgelt die Arbeitsleistung des anderen Contrahenten bildet. Je nachdem nun z. B. der A. bei dem B., oder der B. bei dem A. arbeitet, wird B. resp. A. Dienstberechtigter, A. resp. B. Dienstverpflichteter, und die Verschiedenheit der Parteirollen ist gegeben.[2]) Stets aber muß die Vergütung einen Vermögenswert darstellen, es muß mit andern Worten dem Dienstverpflichteten ein Vermögensvorteil zugewandt werden.[3]) Eine Vergütung, die keinen Vermögenswert darstellt, ist keine Vergütung, kein Entgelt, und Entgeltlichkeit gehört, wie ausgeführt wurde, zum Wesen des Dienstvertrages, ist also für die Anwendbarkeit des § 616 essential. Ist nun der Dienstverpflichtete für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund an der Dienstleistung verhindert, so steht ihm nach § 616 diese Vergütung, wie sie auch immer geartet sein möge, trotz seiner Verhinderung zu, d. h. er hat alles das zu fordern, was er als Vergütung erhalten haben würde, wenn die Verhinderung nicht eingetreten wäre. Zu fordern hat er aber nicht mehr und nichts weniger, nichts anderes als die Vergütung. Ist der Dienstverpflichtete z. B. durch das seine Dienstleistung hindernde Ereignis genötigt, abwesend zu sein, so wird er nicht verlangen können, daß sein Brotherr ihm für Kost, die er sonst zu beanspruchen hätte, und die der Dienstherr jetzt spart, eine Ent-

---

[1]) Natürlich müssen die Kriterien des Dienstvertrages bei beiden Verträgen gegeben sein.

[2]) Lotmar I S. 161 Anm. 3 möchte für die Realisierbarkeit solcher Personalunion nicht einstehen. Warum der genannte Schriftsteller übrigens meint, es bliebe (wenn man seine Anschauung nicht teilt) nur die Annahme eines Werk- und eines Dienstvertrages, und warum also nach ihm nicht die Annahme zweier Dienstverträge möglich sein soll, ist uns unerfindlich. Wenn A. dem B. verspricht, ihm bei der Heuernte zu helfen, und B. dafür die Verpflichtung übernimmt, seinerseits dem A. ernten zu helfen, so ist, wenn man schon das Vorliegen zweier Verträge annimmt, kein Grund ersichtlich, den einen Vertrag rechtlich anders aufzufassen, als den andern. Damit ist natürlich nicht gesagt, daß in diesen Fällen nicht auch ein Werk- und ein Dienstvertrag vorliegen kann.

[3]) Übereinstimmend mit ausführlicher Begründung Lotmar I S. 153 flg. — Vgl. Beschlagnahmegesetz § 3: „Als Vergütung ist jeder dem Berechtigten gebührende Vermögensvorteil anzusehen.“

schädigung in Geld gewähre, noch viel weniger natürlich für Wohnung,[1]) da diese ja dem Dienstberechtigten oder seiner Familie in den weitaus meisten Fällen zur Verfügung bleiben wird. „Der Begriff „Vergütung" ist insofern eng auszulegen, als darunter nur dasjenige fällt, was vertragsmäßig seitens des Dienstherrn geleistet werden muß."[2]) Es fallen hierher auch nicht diejenigen Vorteile, die der Dienstverpflichtete bei Gelegenheit seiner Dienste z. B. als Kellner, Hausdiener oder Kutscher von Dritten als Geschenk oder Trinkgeld erhalten haben würde, wenn das an der Dienstleistung ihn hindernde Ereignis nicht eingetreten wäre.[3]) Auf diese Bezüge stand, von Ausnahmen abgesehen, dem Dienstverpflichteten niemals ein klagbarer Anspruch zu und vor allem nicht gegen den Dienstherrn. Auch aus diesem Grunde kann er wegen der beregten Bezüge den Dienstherrn niemals in Anspruch nehmen. Zu einem anderen Resultat muß Lotmar[4]) kommen. Er stellt unter ausdrücklicher Hervorhebung des § 616[5]) den Satz auf, „daß wenn und soweit die im Arbeitsvertrage bedungene Arbeit nicht geleistet werde, und doch die bedungene Vergütung gänzlich oder teilweise zu entrichten sei, diese in dem Maße, wie ihr Leistung von Arbeit nicht entspreche, nicht Gegenleistung oder Entgelt sein könne, sie habe dann gewöhnlich den Charakter des Schadenersatzes, und zwar des Ersatzes entgehender Einnahme, entgehenden Verdienstes." Wenn auch zugegeben werden muß, daß die Gegenleistung im Falle des § 616 den Charakter der Vergütung verliert, so kann doch nicht eingeräumt

---

[1]) Übereinstimmend aus andern Gründen Planck Bem. 2 c. zu § 616, der eine stillschweigende Vereinbarung dahin annimmt, daß der Dienstverpflichtete seinen Anspruch auf diesen Teil der Vergütung verlieren soll, falls er gezwungen ist, die häusliche Gemeinschaft vorübergehend aufzuheben.

[2]) Frankenberg in der Zeitschr. f. Rechtspflege im Herzgt. Braunschweig Jahrg. 1899 Nr. 8.

[3]) Übereinstimmend Planck Bem. 2c. letzter Satz. — Bei einem Kellner, der keinen Lohn erhält, sondern auf Trinkgelder angewiesen ist, wird die Vergütung für seine Leistung gebildet durch die Gewährung der Möglichkeit oder Gelegenheit, Trinkgelder zu verdienen, nicht durch die Trinkgelder selbst.

[4]) Lotmar a. a. O. S. 148.

[5]) Lotmar a. a. O. S. 148. Anm. 2.

werden, daß sie deshalb den Charakter des Schadensersatzes annimmt.[1]) Es handelt sich ganz einfach um einen Anspruch, der dem Dienstverpflichteten kraft Gesetzes verliehen ist, und den das Gesetz deshalb schlechthin „Anspruch auf Vergütung“ nennt, weil er sich hinsichtlich des Umfangs, der Zeit der Fälligkeit, der Pfändung und Aufrechnung, kurz in all und jeder Hinsicht nach dem Anspruch auf die im Vertrage bedungene Vergütung richtet.

Schwieriger kann die Berechnung der Vergütung dann werden, wenn der Dienstverpflichtete seinen Lohn als Stück- oder Accordlohn bemessen oder bezahlt erhält. Ist das der Fall, so richtet sich die vom Dienstherrn zu zahlende Vergütung nach dem, was der Dienstverpflichtete in der Zeit vor der Behinderung durchschnittlich verdiente, oder was dasselbe besagen will, es entscheidet hier das Verhältnis der Behinderungszeit zu der Durchschnittsarbeitszeit, binnen welcher der Stücklohn verdient wird.[2]) Hierbei gelangt man aber, wenn der Verpflichtete durch schnelleres oder längeres Arbeiten das Versäumte nachholt, keineswegs, wie Rönnberg (a. a. O.) meint, zu dem „famosen“ Ergebnis, daß der Dienstherr dieselben Dienste demselben Dienstverpflichteten doppelt zahlen muß. Der Dienstherr bezahlt dann vielmehr einmal die Dienste, die zu einer Zeit geleistet worden wären, in welcher der Dienstverpflichtete verhindert war, und zweitens die, welche er infolge seines erhöhten Fleißes oder infolge längerer Arbeitszeit mehr geleistet hat. Die Erhöhung der Vergütung rührt also nicht aus doppelter Zahlung, sondern aus erhöhter Arbeitszeit oder erhöhtem Fleiße her.

Begrifflich verschieden von der Vergütung ist der Auslageersatz. Durch die Vergütung macht der Dienstverpflichtete einen neuen Erwerb, durch den Auslageersatz erhält er nur wieder, was früher bereits sein war.[3]) Während diesem be-

---

[1]) Vgl. Oertmann: Vorteilsausgleichung beim Schadensersatz, S. 40: „Und in diesen Fällen — es sind die der §§ 552, 616 — kann von einem Schadensersatzanspruche nicht im entferntesten die Rede sein.“ — Planck, Bem. 3 zu § 616: „Es handelt sich nicht um einen Ersatzanspruch, sondern um einen Anspruch aus einem Vertrag.“

[2]) So Rönnberg a. a. O. S. 194. — Vgl. auch Planck Bem. 2a zu § 616.

[3]) Übereinstimmend Lotmar a. a. O. S. 136.

grifflichen Unterschied sonst vielfach im Gesetz Rechnung getragen wird,[1]) ist des Auslageersatzes im Gegensatz zur Vergütung im ganzen Titel des Dienstvertrages keinerlei Erwähnung getan. Es mag dies seinen Grund darin haben, daß hier etwaige Auslagen, die der Dienstverpflichtete bei Verrichtung seiner Dienste getragen hat, einmal selten und zum andern von geringerem Werte sein werden, so daß der Frage keine große praktische Bedeutung beizukommen schien. Ist neben der Vergütung Auslageersatz in einem Dienstvertrage besonders zugesagt, so kann der Dienstverpflichtete diesen Auslageersatz für die Zeit seiner Behinderung nicht fordern, denn das Gesetz billigt ihm eben nur Vergütung zu, und dieser Begriff ist, wie erwähnt, eng auszulegen. Schwieriger wird die Frage, wenn Vergütung und Auslageersatz in einer ungetrennten Summe verbunden und so dem Dienstverpflichteten zugesagt sind. Aus dem Umstand, daß das Gesetz im ganzen Titel des Dienstvertrages eine Scheidung zwischen Vergütung und Auslageersatz nicht trifft, könnte man den Schluß ziehen, daß das Gesetz in diesen Fällen überall da, wo es von Vergütung spricht, auf den evtl. beigemischten Auslageersatz keine Rücksicht genommen wissen will, daß also z. B. im § 616 die dem Dienstverpflichteten zukommende Vergütung berechnet werden soll, als handle es sich um reine, von jedem Auslageersatz freie Vergütung. Allein das würde zu unbilligen Ergebnissen führen. Der Dienstverpflichtete würde dann mehr erhalten, wenn er nicht arbeitet, als wenn er arbeitet. Man wird daher in diesem Falle unter dem Ausdruck Vergütung zu verstehen haben, „den Betrag, welcher nach Abzug des Preises oder des Wertes der Materialien und nach Abzug der Auslagen übrig bleibt.[2])

[1]) Vgl. z. B. B. G. B. §§ 196, 324, 615, 642, 645, 648, 649, 652, 654, 675, 689, 693. H. G. B. §§ 410, 420. — Eisenbahn-Verkehrsordnung § 60. — Geb.-O. f. Rechtsanwälte 5. Abschn.

[2]) Vgl. Beschlagnahmegesetz § 3 Abs. 2. — Übereinstimmend Lotmar a. a. O. S. 142: „Es erscheint billig, daß der Vergütung, welcher Auslageersatz beigemischt ist, der Betrag derjenigen Auslagen abgezogen werde, die infolge der Arbeitsverhinderung vom Arbeitnehmer erspart werden.“

Zu erörtern ist noch der Fall, daß der Dienstverpflichtete seine Dienstleistung durch Dritte (Gehülfen)[1]) verrichtet, die wieder zu dem Dienstverpflichteten in einem Verhältnis stehen, vermöge dessen sie für ihn zu arbeiten verbunden sind.[2]) Tritt hier ein Ereignis, das an und für sich unter § 616 fallen würde, und das den Gehülfen an der Dienstleistung hindert, ein, so ist § 616 ebenso anzuwenden, als wenn der Dienstverpflichtete selbst gearbeitet hätte, und das Ereignis in seiner Person eingetreten wäre. „Denn die Arbeit des Gehülfen ist rechtlich Leistung des Arbeitnehmers,“[3]) und ein in der Person seines Gehülfen eintretender Hinderungsgrund liegt auf Seiten des Dienstverpflichteten. Ein in der Person des Dienstverpflichteten liegender Hinderungsgrund bedeutet aber im Sinne des § 616, wie später gezeigt werden wird, soviel wie ein auf Seiten des Dienstverpflichteten liegender. Leistet daher der Dienstverpflichtete nur durch einen Gehülfen seine Dienste, und wird dieser unter den Voraussetzungen des § 616 verhindert, oder arbeitet er selbst unter Hinzuziehung von Gehülfen, immer wird der Dienstverpflichtete volle Vergütung zu zahlen haben, mag auch der Gehülfe des Dienstverpflichteten, dieser selbst, oder mögen alle beide zu arbeiten verhindert sein.[4]) Es ist das auch ein ganz billiges Resultat, der Gehülfe würde gegen seinen Dienstherrn, den Arbeitnehmer, zweifellos den Anspruch auf Vergütung behalten, und es erscheint nur gerecht, wenn die Last aus § 616 auf die leistungsfähigsten Schultern abgewälzt wird, und das werden ausnahmslos die des Oberdienstherrn, wenn man so sagen darf, sein. Natürlich kann der Gehülfe wegen des Anspruchs aus § 616 immer nur seinen unmittelbaren Dienstherrn in Anspruch nehmen.

---

[1]) Verwiesen sei nochmals auf § 613 B. G. B.

[2]) Derartige Verhältnisse sind nicht selten, man denke z. B. an die Vorschnitter und ihre Hintermänner; den Instmann und den Scharwerker.

[3]) Lotmar a. a. O. S. 143.

[4]) Es kann unter diesen Umständen dahingestellt bleiben, ob der von dem Arbeitnehmer an Gehülfen zu zahlende Lohn einen Teil der Vergütung, die der Dienstberechtigte an den Arbeitnehmer zahlt, zum Auslageersatz stempelt oder nicht. Gegen die Annahme von Auslageersatz überzeugend Lotmar a. a. O. S. 143 fg.

Ob und in wieweit sich der Dienstverpflichtete auf die Vergütung Bezüge anrechnen lassen muß, die ihm von dritter Seite zufließen, wird an anderer Stelle behandelt werden. Steht der Dienstverpflichtete in Diensten mehrerer Herren, so hat er natürlich gegen jeden einzelnen den Anspruch auf volle Vergütung.

## 2) Begriff der verhältnismäßig nicht erheblichen Zeit.

Der Anspruch aus § 616 steht dem Dienstverpflichteten nur zu für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit. Welche Umstände geben nun den Maßstab dafür her, ob resp. wie lange eine Zeit, während welcher der Dienstverpflichtete an seiner Arbeit verhindert ist, im Sinne des § 616 als verhältnismäßig erheblich anzusehen ist oder nicht? Diese Frage wollen die Einen dadurch lösen, daß sie in ein Verhältnis stellen die Dauer des Dienstverhältnisses und die Dauer der Verhinderungszeit,[1]) die Andern wollen den Maßstab dadurch gewinnen, daß sie gegenüberstellen die Länge der Kündigungsfristen,[2]) oder die Zeitabschnitte der Lohnbemessung[3]) mit der Dauer der Verhinderungszeit. Denkbar wäre es schließlich noch, die Lösung zu finden durch einen Vergleich der Verhinderungszeit mit den Zeitabschnitten der Lohnzahlung. Wir sind nicht der Meinung, das einzig durch die Gegenüberstellung der vorstehend

---

[1]) So Delmenhorst im Gew. G. Bd. 8 S. 89. — Gew. Ger VII. S. 29, V. S. 217. — L. G. Glogau in der Zeitschrift der Breslauer-Anwaltskammer XVI. S. 10. flg. — Kammergericht in den Blättern für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts. 1904 Bd. XV. S. 31. — Vgl. auch Bonn a. a. O. S. 18 flg.

[2]) So Nelken a. a. O.: „Immerhin wird man nach Analogie des Art. 60 A. D. H. G. B., welcher der Bestimmung des B. G. B. als Vorgang gedient hat, annehmen dürfen, daß der Arbeiter für einen zum mindesten der gesetzlichen Kündigungsfrist entsprechenden Zeitraum Anspruch auf Lohnvergütung erheben darf, sofern nicht vertragsmäßig eine kürzere Kündigungsfrist ausbedungen ist." — Staub Komm. zu A. D. H. G. B. 1896 S. 109." — Gew. Ger. VI. S. 215., X S. 163.

[3]) So Rönnberg a. a. O. S. 187.

angeführten Größen und der Dauer der Verhinderungszeit der gesuchte Maßstab gefunden werden kann.

Um zunächst zu zeigen, daß die zuletzt als möglich angeführte Ansicht, die Berechnung nach den Zeitabschnitten der Lohnzahlung, unrichtig ist, genügt es darauf hinzuweisen, daß diese Zeitabschnitte der Lohnzahlung nur den äußeren Zahlungsmodus betreffen, vielfach von reinen Zufälligkeiten abhängig sind und mit dem inneren Wesen des Dienstvertrages nichts zu tun haben, daher hier auch nicht in Betracht kommen können.[1])

Für die Ansicht derjenigen, die da sagen, je länger ein Dienstverhältnis vertragsmäßig dauert, desto länger ist die Zeit zu bemessen, die innerhalb dieses Dienstverhältnisses als nicht erheblich zu gelten hat, spricht der Umstand, daß es in den Protokollen der zweiten Kommission in der im Auftrage des Reichsjustizamtes erfolgten Bearbeitung (S. 280) heißt: „Einverständnis bestand zunächst darüber, daß es sich empfehle, . . . nur die Verhinderung von verhältnismäßig, d. h. im Verhältnis zur vertragsmäßigen Dauer des Dienstverhältnisses, nicht erheblichen Dauer zu berücksichtigen.“[2]) Gegen diese Art der Berechnung spricht sich Rönnberg[3]) aus, indem er anführt, sie scheitere vor allem daran, daß eine Feststellung des Verhältnisses der Behinderungszeit zur vertragsmäßigen Dauer des Dienstverhältnisses in den weitaus meisten Fällen faktisch unmöglich sei, da die überwiegende Mehrzahl der Dienstverhältnisse auf unbestimmte Zeit geschlossen würden, und in ein Verhältnis zu einander nur bestimmte Größen gesetzt werden könnten. Das ist u. E. insofern nicht ganz zutreffend, als man in die Berechnung, trotzdem überwiegend die Dienstverhältnisse auf unbestimmte Zeit geschlossen werden, in den weitaus meisten Fällen eine bestimmte Größe wird einstellen können. Obgleich nämlich die größere Anzahl von Dienstverträgen auf unbestimmte Zeit geschlossen wird, so ist doch in den weitaus meisten Fällen, wenn die Frage, ob ein bestimmter Zeitraum in einem bestimmten Dienstverhältnis als verhältnismäßig erheblich oder

---

[1]) Übereinstimmend Rönnberg a. a. O. S. 187.

[2]) Vgl. Protokolle II. S. 281.

[3]) Rönnberg a. a. O. S. 186—187.

nicht erheblich zu gelten hat, an den Richter herantritt, die Dauer des Dienstverhältnisses schon genau bestimmt. Wenn die Parteien über die beregte Frage uneins sind und den Richter in Anspruch nehmen, wird das Dienstverhältnis entweder schon beendet sein, oder das Ende wird sich, da die Kündigung erfolgt ist, berechnen lassen. Bevor das der Fall ist, also bei noch nicht beendetem oder gekündigtem Dienstverhältnis, wenden sich die Parteien schwerlich an den Richter, das liegt in der Natur der Sache. Ist das aber richtig, so werden nicht unbekannte sondern bekannte Größen in ein Verhältnis zu einander gesetzt. Hierzu kommt, was auch Rönnberg nicht verkennt, daß bei manchen Unterbrechungen schon die bis zur Unterbrechung verstrichene Zeit des Dienstverhältnisses genügt, um diese als eine verhältnismäßig nicht erhebliche erscheinen zu lassen. In den wenigen noch übrigen Fällen wird der Richter häufig durch verständige Erwägungen dahin, wie lange das Dienstverhältnis beim Streit der Parteien, bei seiner bisherigen Dauer noch von Bestand bleiben werde, einen festen Zeitraum gewinnen können, welcher der vertraglichen Dauer, wenn nicht gleich, so doch so nahe kommen wird, daß sich durch den Längenunterschied der wirklichen Dienstdauer und der vom Richter gemutmaßten ein Unterschied für die Beurteilung, ob ein Zeitraum als verhältnismäßig erheblich oder nichterheblich zu betrachten ist, nicht ergibt. Der Richter wird deshalb, will er die vertragliche Dauer maßgeblich machen, fast ausnahmslos feste Zeiträume in seine Rechnung stellen können. Indessen soll nicht verkannt werden, daß Fälle eintreten können, in denen tatsächlich ein fester Zeitraum nicht gegeben ist und auch nicht annähernd bestimmt werden kann. Streitende Parteien können sich versöhnen, und ein Dienstverhältnis, das seinem Ende nahe schien, kann noch Jahre bestehen. Ein Dienstverhältnis, das ursprünglich vertraglich auf ein Jahr geschlossen war, kann vertraglich oder stillschweigend auf unbestimmte Zeit verlängert oder auf eine geringere Zeit verkürzt werden. Schon aus diesen Gründen möchten wir, abgesehen von anderen später zu erörtenden Erwägungen, der vertragsmäßigen Dauer des Dienstverhältnisses keine ausschließliche Bedeutung für die hier behandelte Frage beilegen.

Was für die vertragsmäßige Dauer eines Dienstverhältnisses gilt, muß auch für die tatsächliche Dauer des Dienstvertrages richtig sein. Bei Dienstverhältnissen, die auf bestimmte Zeit geschlossen sind, wird sich meistens die tatsächliche Dauer sogar mit der vertraglichen decken. Hier wie dort streiten dieselben Gründe für und gegen die ausschließliche Zugrundelegung der Dauer des Dienstverhältnisses. Auch hier sind Fälle denkbar, in denen die tatsächliche Dauer des Vertrages weder feststeht noch sich berechnen läßt.

Die Ansicht, daß einer längeren Kündigungsfrist allemal ein längerer Zeitraum entspricht, der als verhältnismäßig nicht erheblich zu betrachten ist, führt folgerichtig durchgeführt zu dem Ergebnis, daß, wenn vertraglich jede Kündigungsfrist ausgeschlossen ist, der Dienstverpflichtete aus § 616 niemals Ansprüche herleiten kann, und handle es sich auch um einen noch so minimalen Zeitraum. Das ist allerdings die Ansicht von Nelken (a. a. O.), sie ist aber augenscheinlich verkehrt[1]) und findet weder direkt noch indirekt im Gesetz eine Stütze.[2]) Im Übrigen aber — abgesehen also von dem eben beregten Ausnahmefall — verdient die Berechnung nach den Kündigungsfristen vor der nach der tatsächlichen oder vertraglichen Dauer des Dienstverhältnisses insofern den Vorzug, als es sich hier stets um feststehende Größen handelt. Praktisch wird die Berechnung nach den Kündigungsfristen meistens dasselbe Resultat zeitigen wie die nach der Dauer des Dienstvertrages. Es hat nämlich einmal, abgesehen von Ausnahmefällen, ein Dienstverhältnis stets mindestens einen so langen Bestand, wie die Kündigungsfrist lang ist,[3]) und zweitens wird — regelmäßig —,

---

[1]) Übereinstimmend Prenner a. a. O. S. 48. — Gew. Ger. Hamburg im Gew. Ger. V, S. 218. — Sigel S. 61.

[2]) Eine stillschweigende Vereinbarung dahingehend anzunehmen, daß die Geltung des § 616 ausgeschlossen sein soll, erscheint nicht angängig.

[3]) Dieser Gedanke scheint dem Gewerbe-Gericht Bremen (Gew. Ger. VI, Sp. 66) vorgeschwebt zu haben, als es den unsinnigen Satz aufstellte, daß ein Arbeitsverhältnis, welches gesetzlich gemäß § 122 Gew. O. durch eine 14 Tage vorher erklärte Aufkündigung beendet werden könne, vertragsmäßig dann nur 14 Tage dauere, wenn die Kündigungsfrist verträglich nicht abgeändert sei.

je nachdem es den Intentionen der Parteien entsprach, das Dienstverhältnis auf längere oder kürzere, wenn auch auf unbestimmte, Zeit abzuschließen, diese Intention ihren Ausdruck in der Vereinbarung der Kündigungsfristen finden, die je nachdem länger oder kürzer ausfallen werden. Treten also nicht Ausnahmefälle ein, erfüllt sich, was die Parteien wollten, so wird dem tatsächlich längeren Dienstverhältnis die längere Kündigungsfrist entsprechen, wobei allerdings bei den auf unbestimmte Zeit geschlossenen Dienstverhältnissen die Verlängerung der Kündigungsfrist mit dem Anwachsen der tatsächlichen Dauer des Dienstverhältnisses nur bis zu einem bestimmten Grade Schritt halten wird.

Von den Zeitabschnitten der Lohnbemessung will Rönnberg (a. a. O.) die Beantwortung der hier behandelten Frage abhängig machen. Nicht völlig zu Unrecht bemerkt er zur Begründung seiner Ansicht, daß der Dienstlohn desto geringer und billiger werde, je größer die Zeitabschnitte seien, nach denen die Vergütung bemessen sei, im Verhältnis zu dem nach kleineren Abschnitten bemessenen Dienstlohn, und damit gehe Hand in Hand, daß, wenn die Vergütung nach kleineren Abschnitten bemessen sei, der Gläubiger auch nur in geringerem Umfange die Gefahr der Dienstverhinderung trage. Das ist in der Tat dann richtig, wenn es sich um zwei im Übrigen völlig gleichartige Dienstverhältnisse handelt, nicht aber dann, wenn zwei Dienstverpflichtete in Frage kommen, die an Bildung und socialer Stellung grundverschieden sind. Wäre das nicht der Fall, so würde sich beispielsweise das Resultat ergeben, daß die Dienste eines Tagelöhners, der regelmäßig nach Stunden oder Tagen bezahlt wird, teurer sein müßten, wie die eines Betriebsbeamten im Sinne des § 133 a Gew. O., der in der Regel die Vergütung nach Monaten oder gar nach Vierteljahren zugewiesen erhält. Nach der Ansicht Rönnberg's würde sich weiter das Resultat ergeben, daß ein social- und an Bildung höher stehender Dienstverpflichteter seinen Anspruch aus § 616 für eine viel längere Zeit behielte wie der social unter ihm stehende.[1]) Der also, der am meisten schutzbedürftig

[1]) Vgl. dazu Hilse: Im Recht 1904 S. 598, welcher bemerkt, daß nach der Spruchübung der Gewerbegerichte Dienstverpflichtete niederer

ist, würde vom Gesetz am wenigsten geschützt werden, ein Ergebnis, das mit der ganzen Tendenz des § 616 in striktem Wiederspruch steht.[1])

Hervorgehoben zu werden verdient auch noch, daß die Zeitabschnitte der Lohnbemessung in der Regel — und von der Regel kann hier immer nur die Rede sein — sich in ihrer Länge nach der Länge der Kündigungsfristen richten werden oder umgekehrt. Die Wechselbeziehung zwischen Zeitpunkt der Lohnbemessung und Kündigungsfrist zeigt auf das Deutlichste die dispositive Regel des § 621 B. G. B.[2]) Man wird daher regelmäßig an die Stelle der Zeitabschnitte der Lohnbemessung die Kündigungsfristen setzen können, ohne das Resultat im Geringsten zu verschieben. Die Kündigungsfristen stehen aber, wie gezeigt worden ist, in engen Wechselbeziehungen zu der Dauer der Dienstverhältnisse.

Falsch sind die bisher vorgetragenen Ansichten alle deshalb, weil sie nicht das Dienstverhältnis als Ganzes, in allen seinen Eigentümlichkeiten betrachten, sondern weil sie für die Entscheidung eine einzelne Eigenschaft des Dienstverhältnisses, wie

---

Ordnung bei einer vierzehntägigen, solche höherer Ordnung bei einer sechswöchentlichen Übung noch Anspruch auf Fortzahlung des Lohnes hätten, und daß dieser Zustand als ungesetzlich empfunden werde.

[1]) In ähnlicher Weise würde sich der Nachweis führen lassen, daß die Kündigungsfristen höchstens dann von alleiniger und ausschlaggebender Bedeutung sein könnten, wenn es sich im § 616 nur um völlig gleichartige Dienstverhältnisse handelte. Die Kündigungsfristen der social höher stehenden Dienstverpflichteten werden in der Regel länger sein, wie die der social tiefer stehenden. Vgl. H. G. B. § 67; Gew. O. §§ 133a, 133aa; B. G. B. §§ 622, 623.

[2]) B. G. B. § 621: Ist die Vergütung nach Tagen bemessen, so ist die Kündigung an jedem Tage für den folgenden Tag zulässig.

Ist die Vergütung nach Wochen bemessen, so ist die Kündigung nur für den Schluß einer Kalenderwoche zulässig; sie hat spätestens am ersten Werktage der Woche zu erfolgen.

Ist die Vergütung nach Monaten bemessen, so ist die Kündigung nur für den Schluß eines Kalendermonats zulässig; sie hat spätestens am fünfzehnten des Monats zu erfolgen.

Ist die Vergütung nach Vierteljahren oder längeren Zeitabschnitten bemessen, so ist die Kündigung nur für den Schluß eines Kalendervierteljahres und nur unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Wochen zulässig.

das die Dauer, die Zeitabschnitte der Lohnbemessung oder die Kündigungsfristen sind, maßgeblich machen wollen. Wäre das richtig, so hätte § 616 nicht so allgemein gefaßt zu werden brauchen, der Gesetzgeber hätte dann, schon lediglich um Streit zu vermeiden, sagen können: Bei einer Kündigungsfrist bis zu 14 Tagen ist ein Zeitraum von so und soviel als nicht erheblich zu betrachten und so fort oder ähnliches. Die Motive[1]) besagen aber ausdrücklich, daß die Zeit, welche als nicht erheblich zu gelten hat, näher zu bestimmen, wegen der Mannigfaltigkeit der in Betracht kommenden Verhältnisse unausführbar ist. Allgemein für die Entscheidung auf eine bestimmte Eigenschaft des Dienstverhältnisses sich festzulegen, heißt in zahllosen Einzelfällen Härten herbeiführen und Ungerechtigkeiten sanktionieren.

Unter einer verhältnismäßig nicht erheblichen Zeit ist u. E. eine Zeit zu verstehen, die unter Berücksichtigung aller Verhältnisse und Umstände, die das in Frage stehende Dienstverhältnis charakterisieren, als nicht erheblich erscheint.[2]) Hierbei sind dann zu berücksichtigen, Dauer des Dienstverhältnisses, Kündigungsfristen, Zeitabschnitte der Lohnbemessung und dergl. mehr. Es kann auch wohl manchmal dem Umstand, ob die Beschaffung eines besonderen Vertreters nötig war, Bedeutung beigelegt werden.[3]) Die Entscheidung wird entsprechend dem Charakter des § 616 als Billigkeitsnorm[4]) ausfallen müssen

---

[1]) Motive II, S. 464.

[2]) Vgl. Planck Bem. 2 b. γ: Die Entscheidung kann nur unter Berücksichtigung aller Umstände getroffen werden. — Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse Bem. 1 d zu § 616. — Gew. Ger. VII. S. 30. — Burchardt: Die Rechtsverhältnisse der gewerblichen Arbeiter S. 44. Sigel a. a. O. S. 61. — Blume: Im Recht 6 Jahrg. Nr. 1 Sp. 6—9. — Prenner a. a. O S. 48.

[3]) Vgl. Planck Bem. 2 b. γ zu § 616. — Abw. Dernburg a. a. O. Bd. II. S. 391 und Koppen a. a. O. S. 7.

[4]) Wenn wir hier den § 616 als Billigkeitsnorm ansprechen, während wir in der Einleitung dieser Arbeit seinen socialpolitischen Zweck betont haben, so fürchten wir einen Vorwurf von Blume (im Recht 6. Jahrg. Nr. 1), der streng die Billigkeitsnorm von der socialpolitischen Norm geschieden wissen will, und der deshalb eine Auslegung des § 616 bald nach der einen, bald nach der anderen Seite für völlig verkehrt hält, nicht. Die Motive (II. S. 463) besagen, daß § 616 auf socialpolitischen Rück-

und wird nach der Stellung, die der einzelne Richter zu den socialpolitischen Fragen einnimmt, sich verschieden gestalten. Dennoch kann und muß sie ihm ohne Bedenken überlassen werden. Vom Standpunkt der Billigkeit und Humanität aus müssen u. E. bei der Beantwortung der hier beregten Frage nicht nur des Dienstverpflichteten sondern auch des Arbeitgebers Verhältnisse[1]) mit berücksichtigt werden. Bei einem Bauern, der in der Erntezeit seinen einzigen Arbeiter, bei einem Schuhmacher, der vor Weihnachten in der dringendsten Arbeitszeit seinen einzigen Gesellen entbehren muß, wird man den fraglichen Zeitraum kürzer zu bemessen haben wie bei einem reichen Fabrikherrn, der über vielleicht Hunderte von Arbeitern verfügt. Einer Berücksichtigung der Verhältnisse auch des Arbeitgebers steht nicht entgegen, daß das Gesetz im § 616 dem Dienstberechtigten ein für allemal die Stellung des wirtschaftlich Stärkeren zugewiesen hat.

In Verfolg der von uns vertretenen Ansicht über die Bedeutung des Gesetzeswortes „für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit" ist es falsch, wenn Nelken[2]) unter Berufung

---

sichten auf Gründen der Humanität beruhe. Was aber human ist, ist auch billig. Die Motive treffen also einen Unterschied, wie ihn Blume will, nicht, und es liegt kein Grund vor in das Gesetz etwas hineinzutragen, was dieses selbst nicht gewollt hat. Übrigens sagt Blume selbst „daß § 616 seiner Fassung nach in jedem Sinne zwischen der Billigkeitsnorm des § 615 und der socialpolitischen Norm des § 617 die Mitte hält." Ist er aber der Ansicht, daß socialpolitische- und Billigkeits-Norm grundsätzlich zu scheiden sind, und verlangt er weiter, daß die Auslegung des § 616 nach der einen oder andern Richtung konsequent sei, so verschiebt er den Charakter des § 616, wie er ihn selbst angegeben hat, denn § 616 ist doch seinem Charakter gemäß gefaßt.

[1]) Uebereinstimmend Blume: Im Recht 6. Jahrg. Nr. 1. — Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse Bem. 1 d zu § 616. — Siehr a. a. O. — L. G. Glogau in der Zeitschrift der Breslauer-Anwaltskammer XVI S. 10 fg. — Gew. Ger. IX. S. 171/172 S. 294 fg. — Planck Bem. 2 b $\gamma$: „Dabei sind die Interessen beider Teile zu beachten, es würde durchaus unrichtig sein, wenn man den § 616, weil er socialpolitische Zwecke verfolgt, im Zweifel stets zu Gunsten des Dienstverpflichteten auslegen wollte." Nicht recht im Einklang hiermit steht der Satz: „Daß der Dienstberechtigte durch die Störung im einzelnen Falle einen besonderen Schaden gehabt hat . . . . . , ist nicht maßgebend."

[2]) Nelken a.a.O. S. 213, mit ihm überstimmend Koppen a.a.O. S. 7.

darauf, daß die Motive zu § 562 (jetzt § 616) auf Artikel 60 A. D. H. G. B. Bezug nehmen, und daß dieser Artikel andererseits wieder als Vorgang für § 133 c Abs. 2 Gew. O. gedient habe, der seinerseits eine Frist von 6 Wochen als diejenige bezeichne, während deren dem Arbeitnehmer noch ein Lohnanspruch zustehe, die gleiche Dauer von 6 Wochen unter allen Umständen als eine nicht erhebliche Zeit im Sinne des § 616 erachtet wissen will. Wie wenn das Dienstverhältnis überhaupt nur 14 Tage dauert?

Das Gleiche ist zu sagen, wenn Hachenburg[1] meint, es müsse aus § 617 folgen, daß, wenn die Verpflegung für 6 Wochen erfolgen müsse, auch die Bezahlung nach § 616 für diese Zeit geboten sei. Der § 616 hat in dieser Hinsicht mit § 617 garnichts zu tun.

## 3) Begriff des in der Person des Dienstverpflichteten ohne sein Verschulden liegenden Grundes.

Der Grund, der den Dienstverpflichteten an seiner Dienstleistung hindert, muß, wenn der Anspruch aus § 616 zur Entstehung kommen soll, „ein in seiner Person ohne sein Verschulden liegender" sein. Was ist nun ein in der Person des Dienstverpflichteten liegender Hinderungsgrund?

Zu eng ist ohne Zweifel die Ansicht von Schäfer,[2] der diesen Begriff dahin auslegt, daß gemeint sei „ein Hinderungsgrund, der in einer persönlichen Eigenschaft des Verpflichteten begründet sei." Hierzu bemerkt zutreffend Sigel:[3] „Der 2. Satz des § 616 B. G. B. scheint allerdings eine solche einengende Auslegung zu rechtfertigen, allein aus seiner Entstehungsgeschichte geht doch hervor, daß diese Auslegung dem Willen des Gesetzgebers nicht entsprechen würde. Der Satz 2 § 616 ist von der zweiten Kommission in das Gesetz aufgenommen worden. In dieser Kommission wurden aber Krankheit und Unfall nur als einzelne Fälle des ersten Satzes des

[1]) Hachenburg a. a. O. S. 64.

[2]) Schäfer im Gew. Ger. VI. S. 126.

[3]) Sigel a. a. O. S. 58.

§ 616 angesehen."[1]) Auch Blume[2]) bekämpft die Auffassung Schäfer's und weist darauf hin, daß sie mit dem Sprachgebrauch des B. G. B. schwer vereinbar sei, der „in der Person liegende Grund" finde sich noch in den §§ 372, 549, 552, 1886. Von diesen zielten die beiden letzteren unzweifelhaft nicht nur auf die persönlichen Eigenschaften sondern auch auf die Verhältnisse des Mieters, des Vormunds ab: Der Mieter müsse den Mietzins zahlen, auch wenn er wegen Einberufung zum Militär die Wohnung nicht benutzen könne, der Vormund sei zu entlasten, wenn er in Konkurs geraten sei.

Zuweit geht die Ansicht von Dernburg,[3]) der den § 616 auch in den Fällen angewandt wissen will, in denen die Dienste aus einem von der Person des Dienstberechtigten sowohl wie des Dienstverpflichteten unabhängigen Grunde unmöglich werden, oder in denen die Unmöglichkeit dadurch eintritt, daß die Sache, an denen die Dienste geleistet werden sollen, zu Grunde geht. Der genannte Schriftsteller begründet seine Ansicht damit, daß, wenn sogar eine in der Person des Dienstverpflichteten begründete Verhinderung den Anspruch auf Vergütung nicht vernichte, so müsse dies noch viel eher in den beregten Fällen zutreffend sein. Bedenkt man, daß der § 616 auf der Erwägung beruht, daß der Dienstberechtigte von vornherein mit geringfügigen Unterbrechungen rechnen muß, daß er aber Umstände, die unabhängig von seiner und des Dienstverpflichteten Person eintreten und die Dienstleistung unmöglich machen, nicht voraussehen und in seine Rechnung einstellen kann, erwägt man weiter, daß der Dienstherr durch die in Rede stehenden Umstände (z. B. einen Brand oder eine Explosion) ohnehin häufig schwer geschädigt sein wird, so erscheint die Beweisführung von Dernburg nicht überzeugend.[4]) Gerade weil § 616 eine Billigkeitsnorm darstellt, würde es doppelt

---

[1]) Vgl. Protokolle II S. 282.

[2]) Blume: Im Recht 6. Jahrg. 1902 Nr. 1 S. 7.

[3]) Dernburg a. a. O. Bd. II. S. 391. Mit Dernburg übereinstimmend auch Endemann a. a. O. Bd. I. S. 1093 Anm. 23 und Bonn a. a. O. S. 28 fg.

[4]) Vgl. Planck Bem. 5 zu § 616. — Cosack a. a. O. Bd. I. S. 511. Eigel a. a. O. S. 57. — Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse. Bem. 1 b zu § 616.

unbillig erscheinen, wenn man auch in diesen Fällen dem Dienstberechtigten die Last aus § 616 aufbürden wollte. Im Gesetz zwingt nichts zu einer derartigen Auffassung, im Gegenteil ein bei den Beratungen der zweiten Kommission gestellter Antrag, in den § 562 (jetzt § 616) statt der Worte „durch einen in seiner Person liegenden Grund" zu setzen, „außer dem im § 561 (jetzt § 615) bezeichneten Falle" ist abgelehnt.[1])

Mit Recht nimmt die herrschende Meinung an, daß unter einem in der Person des Dienstverpflichteten liegenden Grunde zu verstehen sei „ein solcher, der aus einem persönlichen Verhältnisse des Dienstverpflichteten seinen Ursprung herleite," mit anderen Worten, daß „ein in der Person des Dienstverpflichteten liegender Grund" soviel bedeute wie „ein auf Seiten des Dienstverpflichteten liegender Grund.[2])" Dem gemäß gehören hier z. B. her: Warnehmung gerichtlicher Termine in eigenen Angelegenheiten, Eheschließung des Dienstverpflichteten, Geburten und Taufen in der eigenen Familie, Anzeigen beim Standesamt, Todesfälle oder schwere Erkrankungen der nächsten Angehörigen, Krankheit des Dienstverpflichteten selbst, militärische Übungen, Teilnahme an Kontrollversammlungen, Ausübung des Wahlrechts wie überhaupt aller staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten, Aufsuchen einer anderen Stelle gemäß § 629 B. G. B. Daß u. E. auch Verhinderungen, die auf Seiten eines Gehülfen des Dienstverpflichteten liegen, hierher gehören, wurde bereits erwähnt. Hierher gehört an und für sich zweifellos auch eine Verhinderung, die dadurch entsteht, daß der Dienstverpflichtete in fremder Angelegenheit als Zeuge vor Gericht erscheinen

---

[1]) Vgl. Planck Bem. 5 zu § 616.

[2]) So Planck Bem. 2 b $\alpha$ zu § 616. — Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse Bem. 1 b zu § 616. — Sigel a. a. O. S. 58. — Fischer-Henle a. a. O. Anm. 1 zu § 616. — Matthiaß a. a. O. Bd. I. S. 525. Recht 8 Jahrg. Nr. 22 S. 569. — Langfeldt a. a. O. S. 688. — Cosack a. a. O S. 511. — Burchardt a. a. O. S. 44. — Frankenberg im Gew. Ger. 4 S. 101. Derselbe in der Zeitschrift für Rechtspflege im Herzt. Braunschweig 1899 Nr. 8. — Gew. Ger. Erfurt im Gew. Ger. 6 S. 196. — Gew. Ger. Solingen im Gew. Ger. 7 S. 142. — Koppen a. a. O. S. 4. — Vgl. auch Protokolle II S. 283.

muß.[1]) Daß in diesem Falle trotz des § 2 der Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige der Dienstherr volle Vergütung zu zahlen hat, wird später gezeigt werden.[2])

Es erübrigt sich noch, zu bemerken, daß der in der Person des Dienstverpflichteten eintretende Hinderungsgrund ohne sein Verschulden zur Entstehung kommen muß. Der Begriff „Verschulden" ist vom Gesetz so klar bestimmt, daß darüber Zweifel nicht entstehen können. Unter „Verschulden" ist nach § 276 B.G.B. vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln zu verstehen, und der angezogene Paragraph sagt weiter, daß fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht läßt. Eine Definition von „Vorsatz" gibt das B. G. B. nicht. Nach den Motiven[3]) ist der Begriff im Strafgesetz und im B. G. B. der gleiche. Indessen braucht, da Vorsatz und Fahrlässigkeit im § 616 gleichgestellt sind, auf die strafrechtlich heiß umstrittene Frage, was Vorsatz sei, nicht eingegangen zu werden, da stets mindestens Fahrlässigkeit vorliegen wird, wenn die Frage, ob Vorsatz gegeben ist, zweifelhaft sein kann.

Aus welchem Motiv heraus, zu welchem Zwecke der Dienstverpflichtete schuldhaft handelte, ist natürlich gleichgültig. Die Waschfrau, die sich, um der Hausfrau zu nützen, fahrlässig die Hand in siedendem Wasser verbrüht, hat auf die Wohltat des § 616 ebensowenig Anspruch wie der Arbeiter, der sich zu Ehren seines Dienstherrn an dessen Geburtstage betrinkt und dadurch arbeitsunfähig wird.

Schwangerschaft und Wochenbett bilden bei verheirateten Frauen unverschuldete Verhinderungsgründe, bei unverheirateten sind sie verschuldet. Freiwillige militärische Übungen wird man im Interesse des Vaterlandes als unverschuldete Verhinderungsgründe anzusehen haben.[4])

---

[1]) Vgl. Planck Bem. 3 c zu § 616. — Sigel a. a. O. S. 58. — Cosack a. a. O. S. 511. — Frankenberg in der Zeitschrift f. Rechtspflege im Herzogt. Braunschweig 1899 Nr. 8. — Beschluß des Reichsgerichts vom 26. Januar 1902 in Seuffert's Archiv Bd. 57 S. 168.

[2]) Vgl. S. 55—57 dieser Arbeit.

[3]) Motive I, S. 82.

[4]) Übereinstimmend Planck Bem. 2 b β zu § 616. — Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse, Bem. 1 b u. c zu § 616. — Abweichend hinsichtlich der militärischen freiwilligen Übungen Staub Kommentar zum H. G. B.

Zutreffend bemerkt Oertmann, daß man es als Verschulden ansehen müsse, wenn der Dienstverpflichtete den die Dienstleistung hindernden Umstand zwar nicht selbst schuldhaft herbeigeführt habe, aber trotz seiner Voraussehbarkeit und unter Verschweigung dessen das Dienstverhältnisses eingegangen sei, wenn er z. B. den Umstand, daß er eine militärische Dienstleistung antreten müsse, verheimlicht habe.[1])

Das Verschulden eines Gehülfen, dessen sich der Dienstverpflichtete zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, wird er gemäß § 278 B. G. B. im gleichen Umfange wie eigenes Verschulden zu vertreten haben. Auch wenn also den Dienstverpflichteten persönlich an der Verhinderung seines Gehülfen kein Verschulden trifft, wird er, wenn Verschulden des Gehülfen gegeben ist, einen Anspruch auf Vergütung, wenigstens soweit der Gehülfe in Frage kommt, nicht geltend machen können.[2]) Die gegenteilige Meinung würde das Ergebnis zeitigen, daß der Dienstverpflichtete besser gestellt ist, wenn sein Gehülfe schuldhafter Weise nicht arbeitet, als wenn er seine Schuldigkeit tut. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß der Gehülfe gegen den Dienstverpflichteten, der ja sein Dienstherr ist, einen Anspruch aus § 616 nicht geltend machen kann, trotzdem würde aber der Dienstverpflichtete, wenn die hier bekämpfte Ansicht richtig wäre, von seinem Dienstherrn volle Vergütung fordern können. Das kann vom Gesetz unmöglich gewollt sein.

---

## § 5.

### 1) Begriff einer auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehenden Kranken- und Unfallversicherung.

Da der Dienstverpflichtete seinen Anspruch auf Vergütung auch behält, wenn er erkrankt oder von einem Unfall betroffen wird, ist es an und für sich denkbar, daß er doppelt entschädigt

[1]) Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse Bem. 1c zu § 616. — Übereinstimmend auch Dernburg a. a. O. Bd. II. S. 392.

[2]) Abweichend Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse Bem. 1 c zu § 616.

wird, dann nämlich, wenn er abgesehen von anderen Fällen, gegen Krankheit oder Unfall versichert ist, daß er also durch eine Krankheit oder einen Unfall einen Gewinn erzielt. Aus dieser Erwägung heraus hat die zweite Kommission den zweiten Satz des § 616 eingestellt, wonach der Dienstverpflichtete sich auf die Vergütung den Betrag anrechnen lassen muß, welcher ihm aus einer auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehenden Kranken- oder Unfallversicherung zukommt. Voraussetzung für die Einschränkung des Vergütungsanspruchs ist also einmal, daß es sich um eine Kranken- oder Unfallversicherung handelt, und zweitens, daß der Dienstverpflichtete dieser Kasse auf Grund gesetzlicher Verpflichtung angehört. Tritt er also freiwillig, d. h. ohne gesetzlich verpflichtet zu sein, einer Kranken- oder Unfallversicherung bei, so kommen ihm die durch diese Kasse bezahlten Beträge neben seiner vollen Vergütung zu.[1]) Er mag die Früchte daraus ziehen, daß er als vorsichtiger Mann sich freiwillig versichert und Beiträge hierfür bezahlt hat. Von wem im übrigen die Zahlungen für die Kranken- oder Unfallversicherung geleistet worden sind, ist für die Anwendung des § 616 Satz 2 gleichgültig.[2])

Wer kranken- oder unfallversicherungspflichtig ist, welche Versicherungen auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehen, wird bestimmt durch das Reichsgesetz betr. die Krankenversicherung der Arbeiter vom 15. Juni 1883 in der Fassung vom 10. April 1892 § 1—3 oder durch die gemäß § 2 dieses Gesetzes zugelassenen statutarischen Bestimmungen der Gemeinden oder weiteren Kommunalverbände, und zweitens durch das Gewerbe-Unfallgesetz vom 30. Juli 1900, neben dem Gesetze, die vereinzelt durch Landesgesetz oder Genossenschafsstatut für Beamte und andere Gruppen erlassen sind, in Betracht kommen.[3]) Zweifelhaft kann es hierbei werden, ob unter einer auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehenden Krankenversicherung auch

---

[1]) Vgl. Matthiaß a. a. O. Bd. I. S. 520. — Planck Bem. 3d zu § 616.

[2]) Planck Bem. 3 a. Abs. 3 zu § 616.

[3]) Matthiaß a. a. O. Bd. I, S. 520. — Frankenberg in der Zeitschrift für Rechtsflg. im Herzgt. Braunschweig 1899 Nr. 8.

Nicht versicherungspflichtig sind vor Allem die Dienstboten, diese sind nach § 4 des Krank.-Vers.-Ges. nur zum Beitritt zur Gemeindekrankenkasse berechtigt.

eine freie Hülfskasse im Sinne des § 74 des Reichsgesetzes betr. die Krankenversicherung der Arbeiter zu verstehen ist. Handelt es sich um Dienstverpflichtete, die nach gesetzlicher Vorschrift versicherungspflichtig sind, so sind diese nach § 74 des letztgenannten Gesetzes nicht gezwungen, der Gemeindekrankenversicherung noch der nach Maßgabe der Vorschriften des nämlichen Gesetzes errichteten Krankenkasse beizutreten, wenn sie einer auf Grund des Gesetzes vom 7. April 1876, abgeändert durch Gesetz vom 6. Juni 1884, errichteten eingeschriebenen Hülfskasse oder einer auf Grund landesrechtlicher Vorschriften errichteten Hülfskasse angehören, für welche ein Zwang zum Beitritt nicht besteht, wenn diese Kassen ihren Mitgliedern mindestens diejenigen Leistungen gewähren, welche in der Gemeinde, in deren Bezirk die Kasse ihren Sitz hat, von der Gemeindekrankenkasse zu gewähren sind. Wenn zum Beitritt zu diesen Kassen auch direkt keine Gesetzesvorschrift zwingt, so ist dies doch indirekt der Fall, insofern als das Gesetz den Versicherungspflichtigen mit andern Worten sagt: ihr seid gezwungen euch einer bestimmten Krankenkasse anzuschließen, oder, wenn ihr das nicht wollt, freiwillig einer freien Hülfskasse beizutreten. Man wird nicht fehlgehen, wenn man annimmt, daß dieser indirekte Zwang, der in der angegebenen Richtung ausgeübt wird, genügt, um diese freien Hülfskassen für die Beurteilung nach § 616 Abs. 2 den auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehenden Krankenversicherungen gleichzustellen,[1]) und zwar obgleich die Arbeitgeber zu den Hülfskassen regelmäßig keine Beiträge zahlen.

Ist der Dienstverpflichtete bei mehreren Kassen versichert, so ist stets nur die Leistung einer Kasse anzurechnen, dies ergibt sich unzweifelhaft aus den Worten des Gesetzes „den Betrag". Handelt es sich im Übrigen um eine Kasse, welcher der Dienstverpflichtete freiwillig beigetreten ist, während er der anderen auf Grund gesetzlicher Verpflichtung angehört, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß nur der Betrag der letzteren anzurechnen ist. Tritt er einer Zwangskasse bei und gehört er daneben einer freien Hülfskasse im Sinne des § 74 des

[1]) Matthiaß a. a. O. Bd. I, S. 520. — Frankenberg in der Zeitschrift f. Rechtspflg. im Herzogt. Braunschweig 1899 Nr. 8. — Sigel a. a. O. S. 66. Burchardt: Die Rechtsverhältnisse der gewerblichen Arbeiter S. 45.

Reichsgesetzes betr. die Krankenversicherung der Arbeiter an, so ist, da nach der hier vertretenen Anschauung auch die Versicherung bei einer solchen Hülfskasse auf gesetzlicher Verpflichtung beruht, wenigstens wenn der Dienstverpflichtete keiner Zwangskasse vorher beigetreten ist, nur der Betrag anzurechnen, welchen die Kasse leistet, welcher er zuerst angehörte, da der Beitritt zur zweiten als ein freiwilliger zu betrachten ist.[1])

Eine einigermaßen umständliche Berechnung muß dann stattfinden, wenn der Dienstverpflichtete nicht ausschließlich bei einem Dienstherrn arbeitet, sondern wenn er seinen Erwerb bei mehreren Dienstberechtigten sucht und findet. Hier ist dann der dem Dienstverpflichteten aus der Versicherung zukommende Betrag in der Weise auf die Leistung der einzelnen Dienstherrn zu verteilen, wie diese bisher unter normalen Umständen zum Gesamtarbeitsertrag des Dienstverpflichteten beigetragen haben. Etwaige von einem der Dienstherrn gewährte Natural- oder jedenfalls nicht Geldleistungen sind hierbei in Geld zu veranschlagen und zwar zu dem Werte, den sie für den Dienstverpflichteten haben. Verdient beispielsweise der Dienstverpflichtete A. in Diensten des B. freie Kost im Werte von 20 Mk., freie Wohnung im Werte von 10 Mk. monatlich und außerdem an barem Gelde pro Monat 30 Mk., während ihm der C., welchem er gleichfalls zu Diensten verpflichtet ist, wöchentlich 10 Mk. zahlt, und wird nun A. krank, so ist der aus einer Krankenkasse, der er auf Grund gesetzlicher Verpflichtung angehört, ihm zukommende Betrag im Verhältnis von 3 : 2 zu teilen und in dieser Weise auf die von B. resp. von C. zu gewährende Vergütung anzurechnen. B. hat eben zu $^6/_{10}$, C. zu $^4/_{10}$ zu dem Gesamtsarbeitsertage des A. beigetragen.

## 2) Nichtanrechnung anderweitiger Bezüge auf die Vergütung.

Der Gedanke, daß der zeitweilig ohne sein Verschulden durch einen in seiner Person liegenden Grund an seiner Ar-

---

[1]) Frankenberg in der Zeitschr. f. Rechtspfl. im Herzogt. Braunschweig 1899 Nr. 8.

heit verhinderte Dienstverpflichtete durch den Umstand, der seine Leistung unterbricht, nicht bereichert werden, also mehr erhalten soll wie sonst, hat mehrfach zu der Anschauung Anlaß gegeben, daß auch andere als die im Satz 2 des § 616 genannten Bezüge, die der Dienstverpflichtete von dritter Seite erhalte resp. zu beanspruchen habe, auf die geschuldete Vergütung angerechnet werden könnten. Daß hier zunächst, wie bereits erwähnt, die Bezüge ausscheiden, die der Dienstverpflichtete aus Kranken- oder Unfallversicherungen erhält, denen er, ohne verpflichtet zu sein, beigetreten ist, oder bei denen er durch dritte Personen versichert ist, dürfte durch den klaren Wortlaut des Gesetzes außer Zweifel gestellt sein.[1]) Denkbar wäre es hierbei höchstens, daß der Dienstberechtigte zwar nominell den Dienstverpflichteten versichert hat, in der Tat aber sich selbst hat versichern wollen gegen die Ansprüche aus § 616. In diesem Falle wären natürlich die von der Versicherung an den Dienstverpflichteten gezahlten Beträge anzurechnen. Gemäß § 267 B.G.B. kann nämlich mit einer den Schuldner befreienden Wirkung auch jeder Dritte die geschuldete Leistung bewirken, es sei denn, daß der Schuldner in Person zu leisten hat. Dies ist aber durch § 613 B. G. B. nur dem Dienstverpflichteten und auch diesem nur im Zweifel vorgeschrieben.

Nicht anzurechnen sind zweifellos weiter Bezüge, die dem Dienstverpflichteten gegen Dritte zustehen, weil diese durch eine unerlaubte Handlung ihm die Erfüllung seiner Dienstpflicht unmöglich gemacht haben.[2]) Hat z. B. der A. den Dienstverpflichteten B. grundlos mißhandelt und dadurch arbeitsunfähig gemacht, so kann es dem Dienstherrn C. nicht gestattet sein, den B. auf seine Ansprüche gegen A. zu verweisen und auf diese Weise sich von seiner Verbindlichkeit aus § 616 zu befreien. Der Dienstverpflichtete würde dann in all den Fällen, in denen der Schädiger A. zahlungsunfähig ist, oder in denen er sich sonst seiner Verpflichtung entzieht, nichts erhalten. Der Dienstverpflichtete soll aber gerade durch § 616 sichergestellt

---

[1]) Vgl. Frankenberg in der Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogtum Braunschweig a. a. O. — Fischer-Henle, O. a. a. O. Bem. 3 zu § 616.

[2]) Übereinstimmend Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse Bem. 2b zu § 616.

werden. Die Rechtslage wird in dem beregten Falle die sein, daß sich der Dienstverpflichtete einmal an den Dienstberechtigten halten kann und zum anderen an den, der ihn geschädigt hat. Der Dienstberechtigte wird sich seinerseits an den Schädiger halten können.[1]) Hat der Letztere bereits an den Dienstverpflichteten bezahlt, so wird der Dienstberechtigte evtl. Abtretung des Erlangten fordern können gemäß §§ 323, 281 B. G. B.[2])

Zu Streit hat der Gedanke, daß der Dienstverpflichtete nicht doppelt entschädigt werden dürfe, namentlich bei Erörterung der Frage Anlaß gegeben, ob einmal auf die Vergütung militärischer Sold, der dem Dienstverpflichteten bei seiner Übung gezahlt werde, anrechnungsfähig ist, und zum anderen, ob in Rechnung zu stellen seien Unterstützungen, welche den Familien der zu Friedensübungen eingezogenen Militärpflichtigen nach Maßgabe des Gesetzes vom 10. Mai 1892 gezahlt werden.[3])

Man wird für die Möglichkeit der Anrechnung der beregten Bezüge sich nur dann entscheiden können, wenn man annimmt, daß der Gesetzgeber im Satz 2 des § 616 nicht erschöpfend hat feststellen wollen, welche Bezüge anzurechnen seien, sondern daß er nur einzelne Fälle der Anrechnung hat hervorheben wollen. Das ist indessen in hohem Grade unwahrscheinlich. Die zweite Kommission ist im Gegenteil davon ausgegangen, daß eine Anrechnung der beregten Bezüge nicht stattfinden solle.[4]) Es wäre auch garnicht zu verstehen, warum der Gesetzgeber gerade die Beträge, die dem Dienstverpflichteten aus Kranken- oder Unfall-Versicherungen zu-

[1]) Ob ihm dies direkt auf Grund von § 328 B. G. B. oder indirekt mit Hülfe von §§ 323 II, 281 B. G. B. möglich ist, muß und kann hier dahingestellt bleiben.

[2]) § 267 B. G. B. kann nicht Anwendung finden, da der Schädiger nicht fremde, sondern eigene Schuld zahlt.

[3]) Vgl. Gewerbegericht VII S. 96, wo der Sold des Soldaten, sowie der Wert seiner freien Station neben den Unterstützungen, die den Familien auf Grund des Gesetzes vom 10. Mai 1892 gezahlt werden, für anrechnungsfähig angesehen werden. — Vgl. auch die Verfg. des Preußischen Justizministers vom 15. Oktober 1903, im Recht VIII S. 569 unter I. — Blume im Recht 1902 S. 8. — Gew.-Gericht VI S. 217, VII, S. 218. u. S. 29 flg.

[4]) Vergl. Protokolle II, Band 2 S. 283.

kommen, denen er auf Grund gesetzlicher Verpflichtung angehört, namhaft gemacht haben sollte, um so mehr, als in den Motiven[1]) ausdrücklich hervorgehoben ist, daß die Vorschrift des § 616 auch den für kurze Zeit zum Militärdienst Eingezogenen zu Gute kommen solle.

Zu einer Anrechnung kann man auch nicht dadurch kommen, daß man sagt: der § 616 stempele die militärische Dienstleistung des Dienstverpflichteten zu einem Umstand, den der Dienstberechtigte zu vertreten habe. Der Dienstverpflichtete müsse sich infolgedessen gemäß § 324 Abs. 1[2]) auf die Vergütung (die Gegenleistung) anrechnen lassen, was er durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerbe, und um so einen Erwerb handle es sich hier.[3]) Wenn auch zugegeben werden mag, daß das Letztere zutrifft, so stempelt doch § 616 eine militärische Übung des Dienstverpflichteten niemals zu einem Umstand, den der Dienstberechtigte zu vertreten hat. Hierzu wäre gemäß § 276 B. G. B. ein Verschulden des Dienstberechtigten erforderlich, und von einem solchen Verschulden kann hier nicht die Rede sein.

Man wird daher annehmen müssen, daß die beregten Bezüge nicht anzurechnen sind, ganz abgesehen davon, daß die auf Grund des Reichsgesetzes vom 10. Mai 1892 gezahlten Unterstützungen nicht den Dienstverpflichteten selbst sondern deren Familien gewährt werden.[4]) Nicht anzurechnen sind auch die gesetzlichen Alters- und Invaliditätsrenten.[5])

---

[1]) Motive II S. 463.

[2]) § 324 Abs. 1 B. G. B.: Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines Umstandes, den der andere Teil zu vertreten hat, unmöglich, so behält er den Anspruch auf die Gegenleistung. Er muß sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er in Folge der Befreiung von der Leistung erspart, oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt.

[3]) So Bonn a. a. O. S. 34 fg.

[4]) Vgl. Planck Bem. 3b zu § 616. — Siegel a. a. O. S. 66. — Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse, Bem. 2a zu § 616. — Abweichend Hilfe im Recht 1904 S. 598. — Gew. Ger. VI S. 217, VII S. 96, IX S. 294 fg.

[5]) Übereinstimmend Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse, Bem. 2c zu § 616.

Erörtert werden muß im Zusammenhange hier noch die Streitfrage, ob § 616 auch auf den Fall Anwendung findet, daß der Dienstverpflichtete in fremder Angelegenheit als Zeuge vor Gericht vernommen wird. Daß an und für sich der Umstand, daß der Dienstverpflichtete als Zeuge vor Gericht erscheinen muß, ein in seiner Person liegender Diensthinderungsgrund ist, wurde bereits erwähnt. Der Streit über die Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit des § 616 auf den Fall der Zeugenschaft ist einmal durch den schon mehrfach beregten Gedanken, daß der Dienstverpflichtete nicht doppelt entschädigt werden dürfe und zum andern durch die Vorschrift des § 2 der Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige entstanden. Nach dieser letztgenannten Vorschrift wird nämlich der Zeuge für seine Zeitversäumnis aus der Gerichtskasse entschädigt. Die Gegner[1]) der Anwendbarkeit des § 616 auf den beregten Fall argumentieren nun so, daß sie sagen, der Dienstverpflichtete dürfe einmal nicht doppelt entschädigt werden, zum andern wolle § 616 nur da eingreifen, wo ein Schutzbedürfnis vorliege, ein solches sei aber nicht gegeben, wo der Staat schon für Entschädigung sorge, drittens bestehe kein Grund eine Last, die sonst der Staat oder beliebige Prozeßparteien zu tragen hätten, auf die Schultern des Dienstberechtigten abzuwälzen, und viertens seien die Fälle der Anrechnung im zweiten Satze des § 616 nicht erschöpfend geregelt, im Gegenteil sei die Nichtanwendbarkeit des § 616 auf den Fall der Zeugenschaft so selbstverständlich, daß der Gesetzgeber es für überflüssig gehalten habe, dies besonders zu betonen.

Übereinstimmung muß bei allen denjenigen, welche auf dem Standpunkt stehen, daß § 616 dispositiv sei, darüber herrschen, daß die Anwendbarkeit des § 616 jedenfalls dann entfällt, wenn ein Zeuge durch Vertrag mit seinem Dienst-

---

[1]) Vgl. Rönnberg a. a. O. S. 193. — Schäfer a. a. O. S. 126. Scheiff a. a. O. S. 17. — Allgemeine Verfügung vom 28. Juni 1903 über die Gewährung von Zeugengebühren an Personen, welche in einem Dienstverhältnisse stehen, im Preuß. Justiz-Ministerblatt S. 143, Sächsisches Justiz-Ministerblatt 1903 S. 67. — Vgl. auch Witten a. a. O. S. 41 fg. — Hilse im Gewerbeblatt für das Großh. Hessen 66 Nr. 34. Gew. Ger. V S. 202. — Staub in der deutschen Juristen-Zeitung 1903 S. 336.

herrn die Weiterzahlung des Lohnes während seiner Verhinderungszeit vorher ausgeschlossen hat.

In all den übrigen Fällen möchten wir uns, trotzdem nicht verkannt werden soll, daß auch die gegenteilige Ansicht eine wohl begründete ist, in dieser Streitfrage für die Anwendbarkeit des § 616 entscheiden,[1]) dergestalt, daß der als Zeuge vernommene Dienstverpflichtete aus der Gerichtskasse nichts erhält, da die Versäumnis eines Erwerbes nicht stattgefunden hat. Die Erwägungen, die uns bei unserer Entscheidung der Streitfrage leiten, sind die Nachstehenden:

Eine Doppelentschädigung des Dienstverpflichteten tritt nicht ein. Der § 616 greift auch in anderen Fällen als dem der Zeugenschaft ein, in denen ein Schutzbedürfnis nicht besteht. Es wird häufig genug vorkommen, daß der Dienstverpflichtete einmal wirtschaftlich stärker ist als der Dienstberechtigte und zum andern so gestellt ist, daß er eines besonderen Schutzes nicht bedarf. Der Gedanke, daß hier Lasten, die sonst der Staat oder dritte Prozeßparteien zu tragen hätten, auf die Schultern des Dienstberechtigten abgewälzt werden, kann, so ungerecht die Tatsache an sich erscheinen mag, nicht Veranlassung geben, über die Bestimmung des Gesetzes hinaus Recht zu schaffen. Der Gesetzgeber hat unzweifelhaft die Fälle der Anrechnung auf die Vergütung im Satz 2 des § 616 erschöpfend regeln wollen.[2]) Damit, daß man sagt, die Nichtanwendbarkeit des § 616 auf den Fall der Zeugenschaft sei deshalb nicht besonders ausgesprochen, weil sie dem Gesetzgeber als selbstverständlich erschienen sei, da § 616 doch nur im Rahmen eines Schutzbedürfnisses eingreifen wolle, kann man nichts beweisen. Wäre es selbstverständlich, daß § 616 nur innerhalb der soeben erwähnten Grenzen angewandt werden soll, so hätte es des zweiten Satzes des § 616 überhaupt nicht bedurft, soweit eine Kranken- oder Unfall-Versicherung, welcher der Dienstverpflichtete auf Grund gesetzlicher Verpflichtung angehört, eingreift, besteht ein Schutzbedürfnis auch nicht. Die Nichtanwendbarkeit des § 616 auf diesen Fall wäre also ebenso

[1]) Vgl. Planck Bem. 3c zu § 616. — Gew. Ger. VIII S. 7 fg.
[2]) Vgl. Protokolle II Band 2 S. 283.

selbstverständlich gewesen, wie sie es auf den der Zeugenschaft sein soll.

Der Ansicht von Frankenberg,[1]) daß auf den Fall der Zeugenschaft der § 616 anwendbar sei, und daß daneben dem Dienstverpflichteten 0,10 Mk. stündlich nach Absatz 3 des § 2 der Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige zu gewähren sei, kann nicht beigetreten werden. Nach dem dritten Absatz der genannten Bestimmung erhalten diejenigen Personen, welche durch gemeine Handarbeit, Handwerksarbeit oder geringeren Gewerbebetrieb ihren Unterhalt suchen, oder sich in gleichen Verhältnissen mit solchen Personen befinden, die nach dem geringsten Satze bemessene Entschädigung (d. h. 0,10 Mk. stündlich) auch dann, wenn die Versäumnis eines Erwerbes nicht stattgefunden hat. Die erwähnte Bestimmung will augenscheinlich mit dem Ausdruck, „wenn die Versäumnis eines Erwerbes nicht stattgefunden hat", diejenigen Fälle treffen, in denen die genannten Personen zur Zeit arbeits- und erwerbslos sind, hat also ganz andere Tatbestände wie den hier beregten im Auge.

## § 6.

In der vorstehenden Darstellung ist gezeigt worden, in welchem Umfange der Dienstverpflichtete im Falle seiner Verhinderung die Weiterzahlung der ihm vertragsmäßig zugesagten Vergütung zu beanspruchen berechtigt ist. Der § 616 versagt aber, sobald die Verhinderung des Dienstverpflichteten in seiner Erkrankung begründet ist, und dieser Zustand eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeitspanne überdauert, und ebenso in Bezug auf die Frage, inwieweit in diesem Falle der Dienstverpflichtete berechtigt ist, von dem Dienstherrn den Ersatz der ärztlichen Kurkosten, der Verpflegung sowie der sonstigen infolge der Erkrankung notwendigen Aufwendungen zu verlangen. Hier greift unter Umständen helfend dem Dienstverpflichteten die wichtige, von der Reichstagskommission eingefügte Bestimmung des § 617 B. G. B. ein. Sie lautet:

„Ist bei einem dauernden Dienstverhältnisse, welches die Erwerbstätigkeit des Verpflichteten vollständig oder hauptsächlich

[1]) Frankenberg: in der Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogtum Braunschweig a. a. O.

in Anspruch nimmt, der Verpflichtete in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen, so hat der Dienstberechtigte ihm im Falle der Erkrankung die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung bis zur Dauer von 6 Wochen, jedoch nicht über die Beendigung des Dienstverhältnisses hinaus, zu gewähren, sofern nicht die Erkrankung von dem Verpflichteten vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt worden ist. Die Verpflegung und ärztliche Behandlung kann durch Aufnahme des Verpflichteten in eine Krankenanstalt gewährt werden. Die Kosten können auf die für die Zeit der Erkrankung geschuldete Vergütung angerechnet werden. Wird das Dienstverhältnis wegen der Erkrankung von dem Dienstberechtigten nach § 626 gekündigt, so bleibt die dadurch herbeigeführte Beendigung des Dienstverhältnisses außer Betracht.

Die Verpflichtung des Dienstberechtigten tritt nicht ein, wenn für die Verpflegung und ärztliche Behandlung durch eine Versicherung oder durch eine Einrichtung der öffentlichen Krankenpflege Vorsorge getroffen ist."

Die Verpflichtung des Dienstherrn, den Dienstverpflichteten während eines Zeitraums bis zu sechs Wochen zu verpflegen und ärztlich behandeln zu lassen, ist demnach an vier Voraussetzungen geknüpft. Es muß sich einmal um ein „dauerndes" Dienstverhältnis handeln, zum andern muß das Dienstverhältnis „die Erwerbstätigkeit des Verpflichteten hauptsächlich oder vollständig in Anspruch nehmen," drittens muß der Verpflichtete in „die häusliche Gemeinschaft" aufgenommen sein, und viertens muß es sich um den Fall der „Erkrankung" handeln. Soviel Voraussetzungen, soviel streitfähige und bestrittene Begriffe. Es vernotwendigt sich, für die Bearbeitung unseres Themas sie einer Erörterung zu unterziehen.

## 1) Begriff des dauernden Dienstverhältnisses.

Unter einem „dauernden Dienstverhältnis" kann nicht verstanden sein ein „eine bestimmte Zeit dauerndes", denn dann wäre das Beiwort dauernd überflüssig, da jedes Dienstverhältnis notwendig eine bestimmte Zeit dauern muß. Es kann nicht damit gemeint sein „immer dauernd", denn dann wäre es sinnlos, weil es ewige Dienstverhältnisse in unserer beschränkten

Zeitlichkeit nicht geben kann. Es kann endlich nicht damit gemeint sein „ein Zustand, dessen Änderung nach vernünftigem menschlichen Ermessen in absehbarer Zeit nicht erwartet werden kann", da dann § 617 nur in verschwindend wenigen Fällen zur Anwendung kommen könnte, und somit sein socialpolitischer Zweck unterbunden wäre.[1]) Unter einem dauernden Dienstverhältnis kann vernünftiger Weise nur ein „länger dauerndes" verstanden werden. Längere Zeit dauern kann aber sowohl ein Dienstverhältnis, das auf bestimmte Zeit eingegangen ist,[2]) als auch ein auf unbestimmte Zeit geschlossenes.

Ganz in derselben Weise wie im § 616 die einen den Maßstab dafür, was eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit sei, finden wollen durch Zugrundelegung der Kündigungsfristen, die anderen in der mehr oder minder größeren vertraglichen Dauer des Dienstverhältnisses, die dritten in den Zeitabschnitten der Lohnbemessung oder in den Zahlungsperioden, hat man hier von den genannten Factoren die Beantwortung der Frage abhängig machen wollen, was ein dauerndes Dienstverhältnis sei. Auch hier kann denjenigen,[3]) die da sagen, ein dauerndes Dienstverhältnis liege dann vor, wenn dasselbe nicht durch tägliche, wöchentliche oder sonstige kurze Kündigung gelöst werden könne, entgegen gehalten werden, daß § 617 dann keine Anwendung finden würde, wenn vertraglich jede Kündigungsfrist ausgeschlossen wäre, und daß diese Ansicht nirgends im Gesetz eine Stütze findet. Es kann hier im Übrigen auf das verwiesen werden, was an anderer Stelle[4]) für und gegen die Ansicht gesagt ist, daß hinsichtlich der Frage, ob eine Zeit im Sinne des § 616 als verhältnismäßig nicht erheblich zu betrachten sei, ausschließlich die Länge der Kündigungsfrist maßgebend sei. Es würde, wenn die hier bekämpfte Ansicht richtig wäre, dem Dienstberechtigten sehr leicht sein, sich seiner

1) Vgl. Schulzenstein a. a. O. S. 23 ff.

2) Vgl. Planck, Bem. 3 b zu § 617, ferner die Entscheidung des Kammergerichts vom 15. Juni 1904 in der Rechtssprechung der Oberlandesgerichte Band 9 S. 291.

3) So Matthias Band I S. 520/21. — Gew. Ger. Ludwigshafen im Gew. Ger. 7 S. 238. — Mügge a. a. O. S. 20 Anm. 6. — Liepinski a. a. O. S. 227. — Schultzenstein a. a. O. S. 29 mit Hinweis auf andere.

4) Vgl. S. 39 fg. der Arbeit.

Verpflichtung aus § 617 zu entziehen, er brauchte nur immer, gestützt auf seine wirtschaftliche Überlegenheit, die Kündigungsfristen möglichst kurz zu vereinbaren. Der § 617 würde in den Fällen, in denen ein Dienstverhältnis auf bestimmte Zeit geschlossen ist, und in denen daher eine Kündigung entfällt[1]) nicht anwendbar sein, ein Resultat, daß mit dem socialpolitischen Zweck des § 617 in striktem Widerspruch stehen würde. Eine ausschließliche Bedeutung für die hier beregte Frage kann daher der Länge der Kündigungsfrist nicht beigelegt werden.[2])

Wie bei der Frage, welcher Zeitraum im Sinne des § 616 als eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit zu betrachten sei, den Zeitabschnitten der Lohnbemessung keine ausschließlich entscheidende Bedeutung beigelegt werden konnte, so ist das auch bei der Beantwortung der hier beregten Frage der Fall.[3]) Zugegeben werden kann den Anhängern[4]) der gegenteiligen Meinung, daß allerdings regelmäßig dem längeren Zeitabschnitt der Lohnbemessung die längere Dauer des Dienstverhältnisses entspricht, keineswegs ist das aber immer der Fall. Die Zeitabschnitte der Lohnbemessung, die, wie an anderer Stelle gezeigt worden ist,[5]) in engen Wechselbeziehungen zu der Länge der Kündigungsfristen stehen, werden bei den social Bessergestellten regelmäßig länger sein, wie bei den social unter ihnen Stehenden. Also auch hier würde sich ein mit der Tendenz des § 617 in Widerspruch stehendes Resultat ergeben, der weniger Schutzbedürftige würde den erhöhten Schutz genießen. § 617 würde in den Fällen, in denen der Dienst-

---

[1]) Vgl. dazu Lotmar a. a. O. S. 522 ff.

[2]) Übereinstimmend Planck Bem. 3 b zu § 617. — Hachenburg a. a. O. S. 51. — Urteil des preuß. Oberverwaltungsgerichtes v. 27. Novbr. 1902, in Entscheidungen Band 42 S. 325. - Schultzenstein a. a. O. S. 28.

[3]) Auch hier sei auf das verwiesen, was an anderer Stelle (Vergl. S. 40/41 der Arbeit) für und gegen die Ansicht gesagt ist, daß für die Frage, ob eine Zeit im Sinne des § 616 als verhältnismäßig erheblich zu betrachten sei, ausschließlich die Zeitabschnitte der Lohnbemessung maßgebend seien.

[4]) Vgl. das Urteil des Reichsgerichts v. 6. Dezbr. 1890 hinsichtlich des preuß. Immobiliar-Zwangsvollstreckungs-Gesetzes v. 13. Juli 1883 Band 27 S. 226.

[5]) Vgl. S. 41 der Arbeit.

verpflichtete gegen Stücklohn arbeitet, überhaupt nicht oder nur höchst selten anzuwenden sein. Einem in fraudem legis agere wäre Tür und Tor geöffnet. Der Dienstberechtigte brauchte nur immer kurze Zeitabschnitte der Lohnbemessung zu vereinbaren, um sich seiner Verpflichtung aus § 617 zu entziehen.

Was die Zeitabschnitte der Lohnzahlung anbetrifft, so muß auch hier[1]) wiederholt werden, daß sie nur den äußeren Zahlungsmodus betreffen und mit dem inneren Wesen des Dienstvertrages nichts zu tun haben. Sie können daher hier nicht in Frage kommen.[2])

Der vertraglichen Dauer des Dienstverhältnisses muß eine ausschlagebende Bedeutung in den Fällen beigelegt werden, in denen es sich um Dienstverhältnisse handelt, die auf bestimmte Zeit eingegangen sind. Die Frage, ob in diesen Fällen sich allgemein ein fester Zeitraum gewinnen läßt, der unter allen Umständen als Mindestdauer gefordert werden muß, wenn anders ein dauerndes Dienstverhältnis vorliegen soll, läßt das Gesetz offen. Man wird hier wiederholen können, was die Motive hinsichtlich des § 616 in Bezug auf die verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit sagen, daß dies nämlich wegen der Mannigfaltigkeit der in Betracht kommenden Verhältnisse unmöglich ist. Die Entscheidung muß auch hier dem richterlichen Ermessen völlig überlassen bleiben. Der Richter wird auch hier, wie überhaupt bei der Auslegung des § 617, dessen socialpolitische Tendenz wesentlich zu berücksichtigen haben.

Die Mannigfaltigkeit der für den § 617 in Betracht kommenden Verhältnisse zeigt sich ganz abgesehen davon, daß er auf ganz verschiedene Klassen von Personen Anwendung findet, auch darin, daß es für seine Anwendbarkeit gleichgültig ist, ob die Arbeitskraft des Verpflichteten ganz oder nur vorübergehend, etwa für wenige Stunden am Tage, oder auch

---

[1]) Vgl. S. 37 der Arbeit.

[2]) Abweichend Fischer-Henle Anm. 2 zu § 617: „Ein dauerndes Dienstverhältnis liegt vor, wenn nicht täglich oder wöchentlich oder sonst kurz gegriffen der Lohn gezahlt wird.“ Sollte Fischer-Henle nicht die Zeitabschnitte der Lohnbemessung gemeint haben? Auch Schultzenstein (a. a. O. S. 25) spricht unzutreffend von Zahlungszeit und meint damit, wie sein Hinweis auf § 621 B. G. B. zeigt, auch die Zeitabschnitte der Lohnbemessung.

nicht einmal täglich sondern nur nach Bedarf, etwa auf jedesmalige vorherige Nachfrage,[1]) gebraucht wird.[2]) Dies ergibt sich auf das Deutlichste aus § 617 selbst, der nur fordert, daß die Erwerbstätigkeit hauptsächlich in Anspruch genommen werde, der damit also einmal eine Tätigkeit, die nicht auf Erwerb gerichtet ist, ausscheidet, und zum andern eine Teilung auch der Erwerbstätigkeit als möglich hinstellt, ohne daß dadurch der in ihm gewährte Anspruch vernichtet wird.[3])

Jedenfalls wird man soviel sagen können, daß je intensiver die Arbeitskraft des Verpflichteten in Anspruch genommen wird, desto geringer der Zeitraum zu bemessen sein wird, der genügt, um das Dienstverhältnis als ein dauerndes erscheinen zu lassen.

In all den Fällen, in denen ein Dienstverhältnis auf unbestimmte Zeit geschlossen ist, und das ist meistens der Fall, kann es allein darauf, wie lange das Dienstverhältnis tatsächlich schon gedauert hat, nicht ankommen.[4]) Mit Recht führt die bereits citierte Entscheidung des preußischen Oberverwaltungsgerichtes vom 27. November 1902 S. 325 aus: „Es würde sonst, während bei einem Dienstverhältnis zunächst der § 617 nicht anwendbar gewesen ist, von einem mehr oder weniger ungewissen Zeitpunkt ab, trotzdem sich seitdem rechtlich garnichts geändert hat, seine Anwendbarkeit eintreten und zwar nach § 619." Mit Unrecht bemerkt hierzu Schultzenstein,[5]) daß dieser Einwand mit genau demselben Rechte auch bei einem Vertrags-

---

[1]) Vgl. das Urteil des preuß. Oberverwaltungsgerichtes v. 21. Oktober 1901 im Archiv für gewerbliche Rechtspflege 3. Jahrg. S. 146.

[2]) Vgl. die schon citierte Entscheidung des Kammergerichts v. 15. Juni 1904.

[3]) Hierin zeigt sich auch, daß für die Frage, ob ein dauerndes Dienstverhältnis vorliegt, nicht maßgebend sein kann die Leistungs- oder Arbeitszeit, d. h. die Zeit in der tatsächlich Dienste geleistet werden.

[4]) Übereinstimmend Planck Bem. 3 b zu § 617 mit Hinweis auf andere. — Hachenburg a. a. O. S. 51. — Cosack a. a. O. Bd. I S. 517. — Gew. Gericht Ludwigshafen im Urteil v. 13. Dezember 1901 im Archiv für gewerbliche Rechtspflege 3. Jahrg. S. 328. — Urteil des preuß. Oberverwaltungsgerichtes vom 27. November 1902 in Entscheidungen Band 42 S. 325. Abweichend Lotmar S. 546/47. — Sigel S. 177. — Schultzenstein a. a. O. S. 37. — Bonn a. a. O. S. 43 fg.

[5]) Schultzenstein a. a. O. S. 36.

verhältnisse mit bestimmter Vertragszeit gemacht werden könne. Wie bei einem Dienstverhältnisse mit unbestimmter Vertragszeit der Dienstberechtigte nichts davon gewußt zu haben brauche, daß so und so lange tatsächliche Dauer eine Unterstützungspflicht für ihn begründe, so brauche auch bei einem Dienstverhältnis mit bestimmter Vertragszeit der Dienstberechtigte nichts davon gewußt zu haben, daß § 617 eingreife, wenn das Dienstverhältnis auf so und so lange Zeit vertraglich oder faktisch angelegt worden sei. Rechtlich habe sich das Dienstverhältnis als solches in beiden Fällen nicht geändert. Niemand könne sich mit Unkenntnis des Gesetzes entschuldigen. Schultzenstein verschiebt hier die eigentliche Frage, nicht darauf kommt es an, ob der Dienstberechtigte von seiner Verpflichtung etwas wußte oder nicht, und auch nicht darauf, ob sich das Dienstverhältnis als solches geändert hat, sondern darauf, ob sich bei rechtlicher Unversehrtheit des Dienstverhältnisses als solchem die Wirkungen desselben in Bezug auf § 617 geändert haben, und diese Frage, die allein zur Erörterung steht, wäre bei einem Dienstverhältnisse mit unbestimmter Vertragszeit zu bejahen, bei einem Dienstverhältnis mit bestimmter Vertragszeit wäre sie zu verneinen. Gehe ich ein Dienstverhältnis mit bestimmter Vertragszeit ein, und liegen sonst die Voraussetzungen für § 617 vor, so besteht die Verpflichtung des Dienstberechtigten aus dieser Vorschrift vom ersten Tage an, während sie, wenn die tatsächliche Dauer ausschließlich entscheidend wäre, erst später, oder, wie das erwähnte Urteil zutreffend sagt, von einem mehr oder minder bestimmten Zeitpunkt eintreten würde. Außerdem ist es nicht wie Schultzenstein meint, dasselbe, ob ein Dienstverhältnis rechtlich oder faktisch auf so und solange angelegt ist, oder ob es tatsächlich längere Zeit gedauert hat. Ein Dienstverhältnis, das faktisch oder rechtlich auf ganz kurze Zeit angelegt war, kann tatsächlich jahrelang dauern und umgekehrt.

Wenn endlich der genannte Autor[1]) noch bemerkt, daß sich der Auffassung, die tatsächliche Dauer könne nicht entscheiden, noch entgegenhalten lasse, daß § 617 im Falle der

---

[1]) Schultzenstein a. a. O. S. 37.

Richtigkeit dieser Ansicht ein Schlag ins Wasser wäre, da der Dienstberechtigte dann leicht und mühelos die schwere Verpflichtung aus § 617 von seinen Schultern schütteln könne dadurch, daß er, wo immer möglich, Dienstverhältnisse mit unbestimmter Vertragszeit abschlösse, so ist auch das unrichtig. Auch Dienstverhältnisse mit unbestimmter Vertragszeit können sehr wohl dauernde im Sinne des Gesetzes sein und werden es nach der Anschauung derjenigen, welche die Entscheidung, ob dauerndes Dienstverhältnis vorliegt oder nicht, von anderen Faktoren als der tatsächlichen Dauer abhängig machen, dann sein, wenn diese Faktoren gegeben sind. Schultzenstein nimmt zur Voraussetzung, was er beweisen will, und argumentiert so, daß er mit andern Worten sagt, das Entscheidende ist, wie feststeht, die tatsächliche Dauer, läßt man das nicht gelten, so ist § 617 ein Schlag ins Wasser.

Ein dauerndes Dienstverhältnis liegt bei unbestimmter Vertragszeit unseres Erachtens dann vor, wenn aus den begleitenden Umständen, unter denen das Dienstverhältnis geschlossen wurde, aus den besonderen Vereinbarungen, die dabei getroffen sind, nach objektiver Beurteilung als Absicht der Parteien zu entnehmen ist, daß sie das Dienstverhältnis als denkende, vernünftige Menschen als ein länger dauerndes gewollt haben müssen.[1]) Zur Erforschung dieser Absicht der Parteien können und müssen alle diejenigen Faktoren herangezogen werden, auf deren Vorhandensein oder Nichtvorhandensein die bisher vorgetragenen Ansichten die Beantwortung der

---

[1]) Ähnlich Hachenburg a. a. O. S. 50 ff. — Vgl. auch Planck Bem. 3 b zu § 617 „als maßgebend wird anzusehen sein, ob das Dienstverhältnis nach dem Inhalte des Vertrages ausdrücklich oder stillschweigend auf eine längere Zeit eingegangen ist. Ein äußerliches absolut entscheidendes Kriterium läßt sich hierfür nicht angeben." Deutsche Juristen-Zeitung 1903 S. 275. — Preußisches Verwaltungsblatt XVI. S. 248. — Entscheidung des Reichsgerichts in den Blättern für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts XIV. S. 88. — Vgl. ferner die Entscheidung des preuß. Oberverwaltungsgerichtes (Entscheidungen Band 42 S. 323/24) vom 27. Novbr. 1902: „Mag nun im Übrigen eine kurze Kündigungsfrist nicht unbedingt die Annahme eines dauernden Dienstverhältnisses ausschließen, so muß doch bei einem solchen immer soviel verlangt werden, daß die Vertragschließenden die Absicht hatten, trotzdem und ungeachtet der durch die Kündigungsfrist geschaffenen rechtlichen Möglichkeit unter Umständen das Verhältnis bald zu lösen, es längere Zeit tatsächlich fortzusetzen."

Frage, ob dauerndes Dienstverhältnis vorliegt oder nicht, allein abstellen wollen, also z. B. die Kündigungsfristen, die Zeitabschnitte der Lohnbemessung, die tätsächliche Dauer des Dienstverhältnisses. Es muß ferner zur Beurteilung herangezogen werden die Anschauung des Verkehrs, der Umstand, ob der Dienstverpflichtete lediglich zur vorübergehenden Aushülfe angenommen ist[1]) und ähnliches.[2])

Ja, auf die Absicht der Parteien, ein Dienstverhältnis von längerer Dauer einzugehen, wird man häufig aus dem Umstand schließen können,[3]) daß eine Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft stattgefunden hat, obgleich dies Erfordernis vom Gesetz neben der Dauer des Dienstverhältnisses aufgestellt ist.

Zutreffend bemerkt Planck,[4]) daß vielfach nach Lage der wirtschaftlichen Verhältnisse ein Dienstverhältnis seiner Natur nach als ein dauerndes erscheine, wie dies z. B. bei einem Gutsverwalter, einem Knecht, einer Köchin der Fall sei. Es sei dann im einzelnen Falle nur zu prüfen, ob nicht das Dienstverhältnis lediglich zur vorübergehenden Aushülfe eingegangen sei.

## 2) Begriff der vollständigen oder hauptsächlichen Inanspruchnahme der Erwerbstätigkeit.

Eine weitere Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 617 B. G. B. bildet der Umstand, daß die Erwerbstätigkeit des Dienstverpflichteten durch das Dienstverhältnis hauptsächlich oder vollständig in Anspruch genommen wird. Es handelt sich bei dieser Voraussetzung nur um die „Erwerbstätigkeit“ d. h.

---

1) Vgl. Hachenburg a. a. O. S. 50. — Planck Bem. 3 b zu § 616. — Langfeld a. a. O. S. 692 unter 5 b — Schuldt a. a. O. S. 45 Ia. — Abweichend Springer a. a. O. S. 770 fg.

2) So führt das Kammergericht in seinem Urteil v. 15. Juni 1904 (Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Band 9 S. 291) aus, daß bei einem Vertrage über Vorbereitung zum Abiturienten-Examen zu einem bestimmten Termine die Abrede der Zahlung des Honorars für die Ferien mit Notwendigkeit auf ein Verhältnis von längerer Dauer hinweise.

3) Planck Bem. 3 b zu § 617 — Abweichend Springer a. a. O. S. 769.

4) Planck Bem. 3 b zu § 617. — Springer a. a. O. S. 780/781.

eine Tätigkeit, die auf den Erwerb gerichtet ist, nicht also um irgend eine andere, die der Dienstverpflichtete vielleicht im eigenen Interesse unentgeltlich z. B. zu Studienzwecken, oder die er im fremden Nutzen, ohne Vergütung dafür zu erhalten, entfaltet. Arbeitet der Dienstverpflichtete zum Zwecke des Erwerbs nur 1 Stunde täglich, so ist durch diese 1 Stunde seine Erwerbstätigkeit vollständig in Anspruch genommen, gleichgültig, was er sonst betreibt. Das Entscheidende ist nicht die Erwerbsmöglichkeit, sondern die Erwerbtätigkeit.[1]) Was aber die Frage anbetrifft, ob es, wenn der Dienstverpflichtete bei mehreren Dienstherren tätig ist, mehr auf die intensivere Tätigkeit oder auf den größeren Erwerb ankommt, so bildet hier das Entscheidende nicht die mehr oder minder größere Dauer der Dienstleistuug, sondern der Umstand, daß das Dienstverhältnis die hauptsächlichste Einnahmequelle für den Dienstverpflichteten darstellt.[2]) Wenn Schultzenstein in Verteidigung der gegenteiligen Ansicht bemerkt, daß Erwerbstätigkeit dem deutschen Sprachgebrauch zufolge eine Tätigkeit sei, die auf Erwerb gerichtet sei, und daß also der Ton auf Tätigkeit liege, so verkennt er, daß Erwerbstätigkeit im § 617 in Gegensatz zu sonstiger Tätigkeit gestellt ist, und daß also hier jedenfalls der Ton auf Erwerb liegt. Nimmt von der zehnstündigen Erwerbstätigkeit des A. der B, gegen einen Entgelt von 5 Mk. sieben Stunden in Anspruch, während C. den A. bei einem Entgelt von 10 Mk. nur 3 Stunden beschäftigt, so ist C. derjenige, welcher die Erwerbstätigkeit des A. hauptsächlich in Anspruch nimmt. Es ist das auch ein billiges Resultat. Von wem der Dienstverpflichtete in gesunden Tagen in erster Linie seine Existenzmittel bezog, dem liegt es auch ob, ihn in kranken Tagen zu versorgen. Hiergegen kann nicht eingewandt werden, daß auf diese Weise derjenige, der die Dienstleistungen am teuersten erkauft habe, gleichsam doppelt gestraft werde, denn er habe nicht nur für gleiche Leistungen dem Dienstverpflichteten

[1]) Vgl. Lotmar a. a. O. S. 403, Anmerkung 4. — Schultzenstein a. a. O. S. 42, Anm. 88.

[2]) Übereinstimmend Sigel a. a. O. S. 104. — Abweichend Lotmar a. a. O. S. 403 Anm. 4. — Schultzenstein a. a. O. S. 41. — Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse Bem. 2b zu § 617.

in gesunden Tagen eine größere Vergütung gewährt, sondern er müsse auch den kranken Dienstverpflichteten noch versorgen. Wer für dieselbe Leistuug eine größere Vergütung wie ein Anderer zahlt, wird regelmäßig der von beiden social- und finanziell Bessergestellte sein. Bezahlen B. und C. für verschiedene und gleiche Leistungen dem A. 3 Mk. täglich, so wird A. regelmäßig den Anspruch aus § 617, wenn dessen Voraussetzungen auch sonst vorliegen, gegen denjenigen haben, der ihn in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen hat.[1]) Die Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft ist stets ebenfalls Vergütung[2]) und regelmäßig Erwerb für den Dienstverpflichteten, so daß der Aufnehmende gerade durch diese Aufnahme ein Mehr an Vergütung gewährt, gegenüber demjenigen, der nur, und zwar die gleiche Barvergütung zahlt. Hiervon gilt nur da eine Ausnahme, wo der Dienstverpflichtete für seine Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft Kostgeld oder Miete zahlt, was natürlich auch in der Weise geschehen kann, daß der Dienstberechtigte im Wege der Aufrechnung unter Zustimmung des Dienstverpflichteten von der eigentlich geschuldeten Vergütung Abzüge macht. Ist dies der Fall, so ist in Betracht zu ziehen die Vergütung, wie sie sich ohne den Wert der Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft darstellt, und diese ist gegenüberzustellen der oder den anderweitig geschuldeten Vergütungen. Leistet dann derjenige, in dessen häusliche Gemeinschaft der Dienstverpflichtete aufgenommen ist, nicht mehr, wie irgend einer der anderen Brotherrn des Dienstverpflichteten, oder ist der geschuldete Lohn auch nur ebenso hoch, wie irgend ein

---

1) Abweichend Schultzenstein a. a. O. S. 42 und Meyer in der deutschen Juristenzeitung Band VII S. 450.

2) Zu Unrecht bemerkt Lotmar a. a. O. S. 675, daß die Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft mit Entgeltlichkeit der Aufnahme „verträglich" sei. Die Aufnahme ist im Gegenteil stets entgeltlich, wenn anders ein Dienstvertrag vorliegen soll. Denn auch da, wo dies nicht ausdrücklich gesagt ist, geschieht sie doch nur mit Rücksicht auf die zu leistenden Dienste und wird durch diese mitentgolten. Nimmt der Dienstberechtigte die Aufnahme nachträglich freiwillig vor, so wird es sich in der Regel um eine freiwillige Lohnerhöhung handeln. Zahlt der Dienstverpflichtete für die Aufnahme Kostgeld oder Miete, so besteht der Entgelt der Aufnahme in diesen Barleistungen.

an anderer Stelle geschuldeter, so kann § 617 keine Anwendung finden. Abgesehen aber von diesem Ausnahmefall, wird stets, wenn der Dienstverpflichtete bei mehreren Brotherren seinen Unterhalt sucht, die Entscheidung der hier beregten Frage in der Weise zu treffen sein, daß der Wert der Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft ebenso wie jede andere etwa geschuldete Naturalvergütung in Geld zu veranschlagen und einer evtl. bar geschuldeten Vergütung hinzuzurechnen ist. Hierbei kann sich dann sogar das Resultat ergeben, daß ein Dienstberechtigter, der von mehreren Dienstherrn keineswegs die höchste Barvergütung zahlt, der aber den Dienstverpflichteten in seine häusliche Gemeinschaft aufgenommen hat, doch die Lasten aus § 617 auf seine Schultern nehmen muß. Dieser Barveranschlagung des Wertes der Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft bei der Beantwortung der Frage, wann und durch wen die Erwerbstätigkeit hauptsächlich in Anspruch genommen werde, steht nicht entgegen, daß diese Aufnahme als Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 617 neben der vollständigen oder hauptsächlichen Inanspruchnahme der Erwerbstätigkeit gefordert wird.

## 3) Begriff der Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft.

Als in die häusliche Gemeinschaft seines Dienstherrn „aufgenommen" muß der Dienstverpflichtete dann gelten, wenn er nach rechtsgültigem Abschluß eines Dienstvertrages zu Beginn desselben oder erst nachträglich diese Gemeinschaft mit Wissen und ohne Widerspruch seines Brotherrn mit diesem teilt, und zwar auf Grund einer Vereinbarung, die ausdrücklich geschlossen werden kann oder auch stillschweigend, etwa weil diese Aufnahme bei Verträgen der in Rede stehenden Art allgemein als selbstverständlich in Folge der Verkehrssitte gilt. Gleichgültig ist es auch für das Vorliegen der Aufnahme, ob der Dienstherr zu ihr verpflichtet war, oder ob er sie freiwillig

vorgenommen hat.[1]) Daß die Aufnahme stets Vergütung ist, wurde bereits an anderer Stelle gesagt.[2]) Welche Auffassung man im Übrigen von der rechtlichen Natur der Aufnahme hat, ob man sie als einen Vertrag oder eine Tatsache, an die sich rechtliche Wirkungen knüpfen, betrachten will, ist praktisch von keinerlei Bedeutung. Es kann daher diese Streitfrage hier unerörtert bleiben.

Umstrittener wie der Begriff „Aufnahme" ist derjenige der „häuslichen Gemeinschaft." Eine Definition für diesen Begriff ist im B. G. B. nirgends gegeben. Soviel muß indessen, obwohl auch das nirgends ausgesprochen wird, als selbstverständlich gelten, daß nur die häusliche Gemeinschaft des Dienstberechtigten gemeint sein kann.

Da der § 617 nichts darüber sagt, unter welchen Voraussetzungen der Gesetzgeber eine häusliche Gemeinschaft für vorliegend erachtet wissen will, hat man ihr Vorhandensein einmal davon abhängig machen wollen, daß der Dienstberechtigte den Dienstverpflichteten unter gleichem Dach mit sich selbst wohnen lasse,[3]) zum andern, daß er ihm Wohnung und Beköstigung[4]) gewähre, und drittens, daß der Dienstverpflichtete der Hausordnung, der Hauszucht des Dienstberechtigten unterstehe.[5])

---

1) Vgl. Lotmar a. a. O. S. 658. „An die Aufnahme heften sich gewisse Pflichten des Arbeitgebers." Die Aufnahme selbst braucht nicht Gegenstand einer Pflicht zu sein. — Vgl. auch Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse Bem. 2c zu § 617.

2) Vgl. S. 67 Anm. 2 der Arbeit.

3) So Lotmar S. 660, allerdings mit der Einschränkung, daß trotz Schlafens unter zweierlei Dach von „Aufnahme des Arbeitnehmers in die häusliche Gemeinschaft" nur dann gesprochen werden könne, wenn dieser wenigstens bei der Hauptmahlzeit die Wohnung des Arbeitgebers zu teilen pflege.

4) So Liepinski a. a. O. S. 58. — Vgl. auch Planck Bem. 3d zu § 617: „Regelmäßig wird eine häusliche Gemeinschaft anzunehmen sein, wenn der Dienstverpflichtete keine eigene Hauswirtschaft führt, sondern seine Mahlzeiten aus der Wirtschaft des Dienstberechtigten erhält." — Vgl. auch Bonn a. a. O. S. 46, welcher nur die Gewährung einer dem Dienstberechtigten gehörigen oder auch nur mietweise zustehenden Wohnung an dem Dienstverpflichteten verlangt.

5) So Schultzenstein a. a. O. S. 46.

Daß es nicht maßgebend sein kann, ob der Dienstverpflichtete unter demselben Dach mit dem Dienstberechtigten wohnt, zeigt sich schon darin, daß dann sehr viele Dienstverpflichtete, auf die der Gesetzgeber die Wohltat des § 617 unzweifelhaft hat mit erstrecken wollen, derselben nicht teilhaftig würden. Man denke z. B. an Stallknechte, Kutscher und andere Bedienstete in landwirtschaftlichen Betrieben, die häufig mit dem Dienstherrn nicht unter einem Dache wohnen werden und doch sicherlich als in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen angesehen werden müssen. Abgesehen hiervon berührt es das innere Wesen eines Dienstvertrages garnicht, ob ein Dienstverpflichteter unter demselben Dach wie der Dienstherr wohnt, oder ob er innerhalb desselben Wirtschaftsbetriebes zufällig in einem Nebengebäude sein Unterkommen findet. Bauernhäuser werden z. B. in neuerer Zeit vielfach so gebaut, daß der Bauer sämtliche für die Zwecke seiner Wirtschaft bestimmten Räumlichkeiten, sowie die seinem persönlichen und seiner Familie Gebrauch dienenden unter einem Dach vereinigt. Warum soll nun ein Dienstverpflichteter, der in so einem Bauernhause dient, der Wohltat des § 617 teilhaftig werden, während ein Anderer, dessen gesamte Stellung bei einem zweiten Brotherrn dieselbe ist, der aber zufällig in einem gesondert liegenden Nebengebäude wohnt, keinerlei Ansprüche auf § 617 gründen kann. Von zwei Knechten, die demselben Bauern gegen gleichen Lohn für die gleichen Arbeiten verpflichtet sind, kann der Eine mit seinem Dienstherrn unter demselben Dach wohnen, der Andere nicht. Von einer so äußerlichen Sache kann die Frage, ob häusliche Gemeinschaft gegeben ist oder nicht, unmöglich abhängig gemacht werden.

Für die Ansicht derjenigen, die da sagen: häusliche Gemeinschaft liegt dann vor, wenn der Dienstberechtigte dem Dienstverpflichteten Wohnung und Beköstigung gewährt, spricht der mit dem § 617 in enger Verbindung stehende § 618 B. G. B. Wenn es im Absatz 2 des § 618 heißt: Ist der Verpflichtete in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen, so hat der Dienstberechtigte in Ansehung des Wohn- und Schlafraumes, der Verpflegung . . . . diejenigen Einrichtungen und Anordnungen zu treffen, welche . . . . erforderlich sind, so betrachtet

das Gesetz die Gewährung von Wohn- und Schlafraum und von Verpflegung als beim Vorliegen häuslicher Gemeinschaft selbstverständlich. Der § 618 besagt nicht nur, wie Schultzenstein[1]) meint, daß, falls bei Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft Wohn- und Schlafraum sowie Verpflegung gewährt werden, der Dienstberechtigte gewisse Einrichtungen und Anordnungen zu treffen habe. Wäre das der Fall, so hätte § 618 entsprechend lauten müssen: „Ist der Dienstverpflichtete in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen und gewährt der Dienstberechtigte. . . . ."

Lotmar[2]) ist zwar auch der Ansicht, daß sich § 618 Abs. 2 mittelbar über das ausspräche, was zur Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft gehöre, glaubt aber doch, daß man sie auch dann als gegeben ansehen müsse, „wenn nur die eine der zwei Prästationen stattfinde." Das ist m. E. willkürlich. Entweder sagt § 618, was zur Aufnahme gehört, oder er spricht sich hierüber nicht aus. Es erscheint nicht angängig die Voraussetzungen zu trennen, ist eine entbehrlich, so muß es auch die andere sein. Können aber beide wegfallen, so würde § 618 nichts für die Beantwortung der hier beregten Frage hergeben. Es folgt aus § 618, daß der Dienstherr jedenfalls Beköstigung und Wohnung gewähren muß, wenn anders überhaupt von einem Vorliegen häuslicher Gemeinschaft die Rede sein soll.[3]) Zu Unrecht nimmt Schultzenstein a. a. O. S. 43 an, daß man sich in einem zu Hoch vergriffe, wenn man für das Vorliegen der häuslichen Gemeinschaft Gewährung von Wohnung und Beköstigung fordere. Im Gegenteil, es kann vorkommen und kommt vor, daß ein Dienstberechtigter einem Dienstverpflichteten Wohnung und Beköstigung gewährt, ohne daß Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft gegeben ist. Gewährt beispielsweise der Dienstberechtigte dem Dienstverpflichteten die Wohnung dadurch, daß er ihm in einem anderen Hause, als in dem er selbst wohnt, ein möbliertes Zimmer mietet, und die Verpflegung in der Weise, daß er in einem Gasthause für

---

1) Schultzenstein a. a. O. S. 43.

2) Lotmar a. a. O. S. 658/659.

3) Es ist hierbei natürlich keineswegs erforderlich, daß einmal die Verpflegung vollständig gewährt werden muß, und zum andern, daß Wohn- und Schlafraum getrennt gestellt werden.

ihn bezahlt, so ist nicht ersichtlich, worin sich eine häusliche Gemeinschaft zeigen soll.[1]) Ja man kann noch weiter gehen. Der Dienstverpflichtete kann in unseren Beispiel unter dem Dach des Dienstberechtigten auf dessen Kosten wohnen, ohne daß häusliche Gemeinschaft vorliegt. Völlig zutreffend bemerkt Schultzenstein,[2]) daß eine Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft sowohl für den Portier eines gewerblichen Gebäudes, wie für den Portier eines von mehreren Parteien bewohnten Mietshauses als auch für den Portier eines Einfamilienhauses zu verneinen ist, wenn dieser unter einem Dach mit dem Dienstberechtigten wohnt. Sollte sich hierin etwas ändern, wenn der Portier, z. B. um seine zeitweilige Entfernung aus dem Hause nach Möglichkeit unnötig zu machen, seine Verpflegung aus der Küche des Dienstberechtigten erhält und zwar, ohne daß er die für den persönlichen Gebrauch des Dienstberechtigten und seiner Familie bestimmten Räumlichkeiten zum Verzehren seiner Mahlzeiten benutzt?[3]) Auch dann wird man ihn nicht als in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen betrachten. Mit Matthiaß[4]) und Fischer-Henle[5]) wird man annehmen müssen, daß außer der Gewährung von Wohnung und Kost durch den Dienstberechtigten auch erforderlich ist: „die Unterordnung des Dienstverpflichteten unter die häusliche Zucht, unter die regelmäßig vom Dienstberechtigten, jedenfalls nie vom Dienstverpflichteten bestimmte Hausordnung“,[6])

---

[1]) Vgl. Lotmar a. a. O. S. 659: „Es würde völlig gegen den Sprachgebrauch verstoßen, wenn man die Verpflegung schlechthin, d. h. ohne Rücksicht auf den Ort, an dem sie gewährt wird, als Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft betrachten wollte.

[2]) Schultzenstein a. a. O. S. 47/48.

[3]) Vgl. Lotmar a. a. O. S. 661: „Eine Beköstigung, die dem Arbeitnehmer in dessen nicht unter dem Dach des Arbeitgebers befindlichen Wohnung oder an einem dritten Ort durch den Arbeitgeber zuteil wird, kann, selbst wenn die Kost aus der Wirtschaft des Arbeitgebers stammt, zwar eine Kostgemeinschaft, keinesfalls aber eine häusliche Gemeinschaft herstellen.

[4]) Matthiaß a. a. O. Bd. I S. 520.

[5]) Fischer-Henle a. a. O. Anm. 3 zu § 617.

[6]) Oertmann (Recht der Schuldverhältnisse Bem. 2c zu § 617) bemerkt, es sei verfehlt, mit Fischer-Henle eine Unterstellung unter die häusliche Zucht zu fordern. Dennoch will er sich mit der Formel Schultzen-

die auch das außerdienstliche Verhalten des Dienstverpflichteten einer Regelung unterzieht. Wo keine Ordnung herrscht, kann auch von einer Gemeinschaft keine Rede sein.

Schon mit Rücksicht auf den § 618 Abs. 2, der, wie erwähnt, die Gewährung von Wohnung und Beköstigung erfordert, wenn anders Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft gegeben sein soll, erscheint es nicht angängig, das Kriterium für das Vorhandensein der häuslichen Gemeinschaft einzig darin finden zu wollen, daß der Dienstverpflichtete in seinem dienstlichen wie außerdienstlichen Verhalten der Hausordnung des Dienstberechtigten untersteht.[1]) Es ist aber auch schwer verständlich, worin sich, wenn ein Dienstverpflichteter bei dem Berechtigten weder wohnt noch verpflegt wird, die Abhängigkeit auch im außerdienstlichen Verhalten zeigen soll.[2]) Ob sie vorhanden ist oder nicht, ist doch naturgemäß immer Tatfrage, und der Richter kann sie, ohne daß Anhaltspunkte für ihr Dasein gegeben sind, nicht für vorliegend erachten.

Es sei, da Zweifel hierüber entstanden sind, an dieser Stelle bemerkt, daß Kutscher, Bediente, Stallknechte und dergl., die bei dem Dienstherrn weder essen noch wohnen, die trotzdem aber jederzeit zur Verfügung ihres Dienstherrn stehen müssen, in ihrem außerdienstlichen Verhalten nicht der Hausordnung des Dienstberechtigten unterliegen.[3]) Mag dieser ihre Dienste auch jederzeit fordern können, so sind sie eben so oft er dies tut, im Dienst. Ihre Bereitschaft zu jeder Zeit für den Dienstherrn ist ein Teil ihrer Verpflichtung. Hat der Dienstberechtigte sie von dieser ihrer Verpflichtung zeitweise befreit, so können

---

stein's befreunden, wonach eine Unterstellung des Dienstpflichtigen in seinem dienstlichen wie außerdienstlichen Verhalten unter die Hausordnung des Berechtigten entscheidend ist. Worin sich die Hauszucht von der Hausordnung unterscheiden soll, verschweigt Oertmann. Die Unterscheidung resp. Abgrenzung der Begriffe dürfte für die hier in Frage kommenden Fälle auch Schwierigkeiten bieten.

1) So Schultzenstein a. a. O. S. 46.

2) Vgl. das Urteil des Oberlandesgerichts Braunschweig v. 26. Januar 1899. Deutsche Jur.-Zeitung V. Jahrg. S. 120: „Die häusliche Unterordnung findet ihren Ausdruck in der Gewährung von Wohnung und Beköstigung."

3) Abweichend ohne nähere Begründung Schultzenstein a. a. O. S. 47.

sie in dieser Zeit, soweit die Hausordnung in Frage kommt, tun und lassen, was sie wollen.

Es verdient noch hervorgehoben zu werden, daß die Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft auch von einem Junggesellen oder einer anderen alleinstehenden Person betätigt werden kann. Die Gemeinschaft, zu der ja mindestens notwendig zwei gehören, entsteht dann erst durch das Hinzukommen des Dienstverpflichteten.

Im Gegensatz zu Lotmar[1]) muß in Verfolg der hier vertretenen Ansicht angenommen werden, daß eine Person, die täglich ihren Aufenthaltsort und mit ihm das Hotel, in dem sie wohnt und speist, wechselt, niemanden in die häusliche Gemeinschaft aufnehmen kann. Wo kein Hausstand geführt wird, kann auch von einer Hausordnung und von einer Unterordnung unter dieselbe nicht die Rede sein. In Berücksichtigung der socialpolitischen Tendenz des § 617 wird man jedoch annehmen müssen, daß ein Dienstverpflichteter, der vorübergehend seinen Dienstherrn auf Reisen begleitet, und der sonst Anspruch auf die Wohltat des § 617 B. G. B. hat, während dieser Reisezeit seines Anspruchs nicht verlustig geht. Eingeräumt muß weiter Lotmar werden, daß zum Begriff der häuslichen Gemeinschaft nicht erforderlich ist, daß sich die Wohnung des Arbeitgebers in einem Bauwerk oder in einer unbeweglichen Sache befindet. Auch der Artist, der in seinem Wagen haust, auch der Schiffer, dem sein Fahrzeug Obdach gewährt, kann Jemanden in seine häusliche Gemeinschaft aufnehmen.

Zweifel wären denkbar darüber, ob auch eine juristische Person in die häusliche Gemeinschaft aufnehmen kann und zwar deshalb, weil die juristische Person selbst weder wohnt[2]) noch speist. Die Frage ist indessen zu bejahen. Es ist in Verfolg der hier vertretenen Ansicht keineswegs nötig, daß der Dienstberechtigte selber wohnt und speist. Es ist nur erforderlich, daß er Wohn- und Schlafraum, sowie Verpflegung gewährt, und das kann eine juristische Person ebensogut wie eine

---

[1]) Lotmar a. a. O. S. 659.

[2]) Sie hat allerdings gemäß § 24 B. G. B. einen Sitz entsprechend dem Wohnsitz einer physichen Person.

physische.[1]) Auch eine Hausordnung ist hier denkbar, sie wird durch die Organe ausgeübt und aufrecht erhalten, durch welche die juristische Person auch sonst handelt.[2])[3]) Für denjenigen Dienstverpflichteten, der selbst Vorstand einer juristischen Person ist, kommt man freilich zu einer Verneinung der Möglichkeit der Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft. Es ist das aber keineswegs ein so unerfreuliches Ergebnis, wie es auf den ersten Blick wohl scheinen könnte. Ein Mensch, der Vorstand einer juristischen Person ist, wird nämlich stets finanziell so gestellt sein, daß er eines besonderen, gesetzlichen Schutzes für den Fall seiner Erkrankung nicht bedarf.

## 4) Begriff der Erkrankung.

Die vierte und letzte Voraussetzung für die Gewährung des Anspruches aus § 617 ist die, daß der Dienstverpflichtete „erkrankt." Auch der Begriff „Erkrankung" ist streitig. — Zunächst ist es gleichgültig, ob die Erkrankung im Dienst d. h. in Veranlassung des Dienstes entstanden oder durch andere Umstände hervorgerufen ist.[4]) Von dem Erfordernis einer Causalität zwischen Dienstleistung und Erkrankung kann schon deshalb nicht die Rede sein, weil einerseits der Dienstverpflichtete, mag auch die Krankheit durch die Dienstleistungen bei ihm veranlaßt sein, dann nicht haftet, wenn die Krankheit nicht während des Bestehens des Dienstverhältnisses ausbricht, und er andererseits trotz gegebenen Causalzusammenhanges zwischen Erkrankung

---

1) Vgl. Sigel a. a. O. S. 662: „Man könnte ferner auch diejenigen Arbeitnehmer als der häuslichen Gemeinschaft teilhaftig ansehen, welche in einem für die juristische Person verfügbaren, ihm überlassenen Raum wohnt und in einem der juristischen Person gewährten Raum durch dieselbe beköstigt wird."

2) Vgl. Lotmar a. a. O. S. 662: „Man könnte den Arbeitnehmer einer juristischen Person, der in die häusliche Gemeinschaft ihres Vorstandes aufgenommen ist, als in die der juristischen Person aufgenommen betrachten." — Wiedemann a. a. O. S. 459.

3) Vgl. B. G. B. § 26 Abs. 2.

4) Vgl. Cosack a. a. O. Band I. S. 526. — Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse Bem. 2d zu § 617. — Urteil des O. L. G. Frankfurt v. 9. November 1903 in Rechtssprechung Bd. IX. S. 289. — Schultzenstein a. a. O. S. 57.

und Dienstleistung regelmäßig nicht über die Beendigung des Dienstverhältnisses hinaus verpflichtet ist.

Die Erkrankung ist jedenfalls, wie Plank[1]) richtig bemerkt, das Eintreten eines anormalen Zustandes. Nicht zu folgen ist aber dem genannten Autor, wenn er bemerkt, daß dieser anormale Zustand besondere Verpflegung und[2]) ärztliche Behandlung[3]) erfordere. Es kann einmal jemand erkrankt sein, der einer besonderen Verpflegung nicht bedarf, und es kann andererseits ein Kranker besonderer Verpflegung bedürfen, ohne daß sich bei seinem Zustande ärztliche Behandlung vernotwendigt. Ein Dienstverpflichteter, der sich den Arm gebrochen hat, braucht ärztliche Behandlung nicht aber besondere Verpflegung, ein Schwindsüchtiger bedarf besonderer Verpflegung, ohne daß in allen Fällen, vielleicht weil früher schon allgemeine Anweisungen erteilt sind, ärztliche Behandlung nötig wäre. Will man Dienstverpflichtete, auf welche die Wohltat des § 617 unzweifelhaft hat ausgedehnt werden sollen, derselben nicht berauben, wird man sagen müssen, daß Erkrankung, der Eintritt eines anormalen Zustandes ist, welcher besondere Verpflegung und ärztliche Behandlung oder wenigstens eins von beiden erfordert. Zwar heißt es in § 617, daß der Dienstberechtigte die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung gewähren müsse; damit ist aber keineswegs gesagt, daß beide Faktoren gegeben sein müßten, wenn anders von „Erkrankung" die Rede sein könne. Was nicht erforderlich ist, braucht nicht geleistet zu werden, die Erkrankung liegt doch vor.

Aus der Definition, wie sie hier gegeben worden ist, folgt, daß die Krankheit im Sinne des § 617 beendigt ist, sobald weder besondere Verpflegung noch ärztliche Behandlung notwendig erscheint.[4]) Verstümmelungen und Mißbildungen

---

[1]) Planck Bem. 3 e zu § 617.

[2]) In Widerspruch hiermit steht es wenn Planck (Bem. 4 a zu § 617) von Erkrankungen spricht, zu deren Heilung ärztliche Behandlung nicht erforderlich erscheint.

[3]) Über die Begriffe „erforderliche Verpflegung" und „ärztliche Behandlung" siehe das Nähere S. 86 fg. dieser Arbeit.

[4]) Abweichend Schultzenstein a. a. O. S. 58, der einen logischen Fehler macht. Er sagt auf S. 54: „Unter Erkrankung ist ein anormaler körperlicher oder geistiger Zustand zu verstehen, welcher in der Notwendig-

sind daher im Sinne des § 617 nur insoweit Erkrankungen, als sich bei ihnen noch eine besondere Verpflegung vernotwendigt.[1]) Ist bei chronischen Krankheiten zeitweise weder ärztliche Behandlung noch besondere Verpflegung erforderlich, so ist, sobald eins von beiden sich wieder vernotwendigt, eine neue Erkrankung im Sinne des § 617 gegeben, mag auch die Krankheit im medicinischen Sinne dauernd vorhanden gewesen sein.[2]) Jede neue zeitlich von der vorhergehenden Krankheit getrennt liegende Erkrankung gibt natürlich auch einen neuen Anspruch, so daß der Dienstberechtigte unter Umständen mehr als 6 Wochen Vorsorge zu treffen hat.[3]) Nicht zu verwechseln ist aber mit dem neuen Krankheitsfalle die neue Krankheitsursache, die sich im Verlaufe desselben Krankenlagers zeigt. Hier haftet der Dienstberechtigte nur für sechs Wochen, s. z. B., wenn zu einer Rippenfellentzündung Lungenentzündung hinzukommt. Wie schon erwähnt, kommt es nicht auf die Krankheitsursache, sondern auf die Erkrankung als solche an.[4])

Was die streitig gewordene Frage anbetrifft, ob Schwangerschaft, Entbindung und normales Wochenbett als Erkrankungen anzusehen sind, so ist dieselbe zu verneinen.[5]) Bei jungen ver-

---

keit einer erforderlichen Verpflegung und ärztlichen Behandlung oder einer von beiden wahrnehmbar zu Tage tritt." Auf S. 58 sagt er dann: „Als Ende der Erkrankung ist in entsprechender Weise der Zeitpunkt zu bezeichnen, in dem eine erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung oder eins von beiden nicht mehr notwendig ist." Um also die Erkrankung eintreten zu lassen, genügt es, daß entweder ärztliche Behandlung oder besondere Verpflegung erforderlich wird. Um die Krankheit zu beenden, soll es genügen, wenn nur eine der beiden Voraussetzungen wegfällt, während die andere fortbesteht.

[1]) Vgl. Rosin a. a. O. S. 296: „Fertige anatomische Veränderungen, seien es Mißbildungen oder Verstümmelungen u. s. w. sind keine Krankheiten."

[2]) Abw. Planck Bem. 3 e zu § 617. — Vgl. dazu auch Rosin a. a. O. S. 299/300 und die dort citierte Entscheidung des Hanseatischen Oberlandesgerichtes vom 1. März 1886.

[3]) Vgl. Planck Bem. 4 c zu § 617. — Cosack I S. 517. — Schultzenstein S. 58.

[4]) Vgl. Hahn in Arbeiterversorgung Bd. XIII. S. 1 fg. — Schultzenstein S. 58/59.

[5]) Vgl. Planck Bem. 3 e zu § 617. — Rosin a. a. O. S. 294. — Vgl. auch § 29 Abs. 3 d. R. G. über den Unterstützungswohnsitz vom 6.

heirateten Frauen ist Schwangerschaft kein anormaler sondern ein durchaus normaler Zustand, vorausgesetzt natürlich, daß sie nicht wirkliche Erkrankungen mit sich führt oder auch nach sich zieht. Bei unverheirateten Frauen ist der Anspruch aus § 617 schon deshalb nicht gegeben, weil ihnen grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt.

Zu Recht bemerkt übrigens Rosin,[1]) daß Altersschwäche für sich betrachtet keine Krankheit sei, wenn sie auch zur Ursache wirklicher Erkrankungen werden könne.

Ob eine besondere Verpflegung oder ärztliche Behandlung erforderlich ist, kann natürlich stets nur auf Grund von Erachten Sachverständiger entschieden werden.

Im übrigen steht der Begriff „Erkrankung" in einem Gegensatz zu „Krankheit", insofern als Erkrankung das Krankwerden, Krankheit den Zustand des Krankseins bedeutet. In zutreffender Würdigung dieses Wortes „Erkrankung" steht die herrschende Lehre[2]) auf dem richtigen Standpunkt, daß Voraussetzung für die Verpflichtung aus § 617 eine Erkrankung während des Dienstverhältnisses bildet, und daß nur in diesem Falle der Dienstberechtigte haftet. Andrerseits findet sich auch die Anschauung, die angeblich dem socialpolitischen Zweck des § 617 mehr entspricht und die Position des Dienstverpflichteten günstiger gestalten soll, daß Erkrankung in § 617 nichts Anderes bedeuten könne als Kranksein, daß mithin der Dienstverpflichtete auch dann einen Anspruch habe, wenn er bereits krank in den Dienst komme.[3]) Indessen wird mit dieser Auslegung der erstrebte Erfolg, die Besserstellung des Dienstverpflichteten, nicht erreicht. Wäre nämlich die hier bekämpfte Auffassung richtig,

---

Juni 1870: „Schwangerschaft an sich ist nicht als eine Krankheit im Sinne der vorstehenden Bestimmungen anzusehen."

[1]) Rosin a. a. O. S. 295.

[2]) Planck Bem. 3e zu § 617. — Langfeld a. a. O. S. 692. — Fischer-Henle Note 4 zu § 617. — Cosack I S. 517. — Delius a. a. O. — L.-G. Königsberg in der Juristischen Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen und Pommern 1907 S. 25.

[3]) So Urteil des O. L. G. Frankfurt vom 9. November 1903, in Rechtsprechung Bd. IX. S. 289. — Urteil des preuß. O. V. G. vom 29. Januar 1903 in Arbeiterversorgung Bd. XX. S. 444. — Schultzenstein S. 54/56. — Bonn a. a. O. S. 48. — Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse Bem. 2a zu § 617.

so könnte der Dienstberechtigte, falls er sich der Verpflichtung für einen bereits erkrankten Bediensteten Sorge zu tragen, entziehen wollte, dies sehr leicht bewerkstelligen. Bemerkte er nämlich die Krankheit des Dienstverpflichteten, bevor dieser in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen wäre, so könnte er einfach erklären, daß er das Dienstverhältnis nach § 626 B. G. B. also wegen eines wichtigen Grundes, den ja die Erkrankung, wie § 617 ausdrücklich anerkennt, bildet, zu sofort kündige und könnte die Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft verweigern.[1]) Nun heißt es zwar in § 617, daß eine derartige Kündigung für die Verpflichtung aus § 617 außer Betracht bleibe, dies gielt aber selbstverständlich nur dann, wenn sie an und für sich da war, wenn also alle Erfordernisse für ihr Vorhandensein gegeben waren. Das wäre hier aber nicht der Fall, der Dienstverpflichtete wäre nicht in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen und könnte diese Aufnahme, da der Vertrag nicht mehr bestehen würde, auf keine Weise erzwingen. Hätte aber der Dienstberechtigte von der Erkrankung des Dienstverpflichteten erst nach erfolgter Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft Kenntnis erlangt, so würde ihm der § 119 B. G. B. ein bequemes Mittel bieten, wenn er sich seiner Verpflichtung entziehen wollte. Er brauchte nur seine Erklärung, die s. Zt. den Abschluß des Dienstvertrages herbeiführte, wegen wesentlichen Irrtums unverzüglich gemäß § 121 B. G. B. anzufechten. Bestimmt doch der § 119 Abs. 2 B. G. B., daß als Irrtum über den Inhalt einer Erklärung auch der Irrtum über solche Eigenschaften der Person gelte, die im Verkehr als wesentlich angesehen würden. Das wäre hier zweifellos der Fall. Hätte der Dienstverpflichtete seinen Zustand arglistig verschwiegen, so wäre gemäß §§ 123, 124 die Anfechtung wegen Täuschung, ja unter Umständen eine Schadensersatzklage auf Grund von § 823 B. G. B. gegen den Dienstverpflichteten gegeben. Jedenfalls wäre in den weitaus meisten Fällen dem Dienstverpflichteten durch den Verlust seiner Stellung eher geschadet als genützt. Die Fälle aber, in denen ein Dienstberechtigter lediglich aus Gesetzesunkenntnis einen

---

1) Vgl. Mecklb. Gesindeordnung vom 9. April 1899 § 39 in Verbindung mit § 33 Nr. 2—6.

bereits erkrankten Dienstverpflichteten in seine häusliche Gemeinschaft aufnehmen würde, ohne auch nachträglich den Vertrag anzufechten, wären so verschwindend wenige, daß sie nicht in Betracht kommen könnten.

Wenn man gegen die Ansicht, daß der Dienstberechtigte nur dann hafte, wenn die Krankheit während des Bestehens des Dienstverhältnisses zum Ausbruch komme, noch anführen will, der Begriff der Erkrankung wäre dann in der Praxis so gut wie unbrauchbar,[1]) da der Dienstverpflichtete auch nicht einen früheren Dienstberechtigten in Anspruch nehmen könne, also seiner Rechte aus § 617 verlustig gehe, so verkennt man oder beachtet wenigstens nicht hinlänglich, daß § 617 nur dauernde Dienstverhältnisse im Auge hat, und daß diese nicht wie ein Hemd gewechselt zu werden pflegen. Wo aber das der Fall ist, hat der Dienstverpflichtete selbst Schuld, wenn er im Falle seiner Erkrankung unzulänglich versorgt ist und der öffentlichen Armenpflege zur Last fällt. Außerdem gehen Personen, die sich dauernd in Dienstverhältnissen befinden, welche den Voraussetzungen des § 617 genügen, des Anspruches aus § 617 fast nie völlig verlustig. Sie haben gegen jeden Dienstberechtigten, in dessen Dienste sie erkranken, den Anspruch, und wenn auch nicht immer auf sechs Wochen, so doch bis zur Beendigung ihres jeweiligen Vertrages.

Wenn man endlich in den Krankenversicherungsgesetzen den Begriff „Erkrankung“ als „Kranksein“ verstanden hat,[2]) so kann das für die Auslegung dessen, was der § 617 unter Erkrankung versteht, nichts hergeben. In den Krankenversicherungsgesetzen handelt es sich um Lasten, welche die Allgemeinheit zu tragen hat. Hier muß lediglich die Tatsache, daß der Kranke hilfsbedürftig ist, genügen, um ein Einschreiten zu veranlassen. Im § 617 handelt es sich um persönliche Beziehungen zwischen Dienstberechtigten und Dienstverpflichteten und um Lasten, die Privatschultern aufgebürdet sind.

---

[1]) So Schultzenstein a. a. O. S. 51.

[2]) Rosin a. a. O. S. 467. Anm. 10. — Urteil des preuß. O. V. G. vom 29. Januvr 1903 in Arbeiterversorgung XX S. 466. — Schultzenstein S. 54.

Die Ansicht, daß Erkrankung im § 617 so viel bedeute wie Kranksein, ist daher abzulehnen.

Zugegeben kann den Gegnern der hier vertretenen Meinung lediglich das Eine werden, daß es gleichgültig ist, ob der Keim der Krankheit schon vor dem Beginn des Dienstverhältnisses vorhanden war, ob mit anderen Worten eine Disposition zu Krankheiten dieser Art bestand.[1]) Wollte man Ermittlungen zulassen, ob nicht die Veranlassung, der Keim der Krankheit auf eine Zeit zurückzuführen sei, die vor Eintritt in den gegenwärtigen Dienst liege, und wollte man den Anspruch aus § 617 nur gewähren, wenn die Ermittlungen ergäben, daß dies nicht der Fall sei, so würde der § 617 praktisch so gut wie wertlos sein. Die dringendsten und berechtigsten Ansprüche würden praktisch nicht, oder nur unter Schwierigkeiten durchzusetzen sein, die einem Scheitern fast gleichkämen. Häufig wird aber in diesen Fällen gemäß § 119 B. G. B. wegen Irrtums oder gemäß § 123 B. G. B. wegen arglistiger Täuschung der Dienstberechtigte den Vertrag anfechten und so zur Auflösung bringen können. Ja auch hier kann eine Klage auf Schadensersatz gegen den Dienstverpflichteten gegeben sein.[2])

---

## § 7.

### 1) Bis zur Dauer von 6 Wochen.

Was den Umfang und Inhalt der sich aus § 617 B. G B. ergebenden Verpflichtung des Dienstberechtigten anbetrifft, so ist „die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung“ zu gewähren. Diese Fürsorgeverpflichtung erfährt aber sofort eine Einschränkung dadurch, daß sie höchstens und regelmäßig nur für einen Zeitraum von sechs Wochen besteht. Fraglich könnte

---

[1]) Übereinstimmend: Planck Bem. 3e zu § 617. — Cosack I S. 517. — Fischer-Henle Note 4 zu § 617. — Schultzenstein S. 57. — Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse Bem. 2d zu § 617. — O. L. G. Kolmar im Recht IX S. 134, — Juristische Zeitschrift für das Reichsland Elsaß-Lothringen Jahrg. 1905 S. 482/83.

[2]) Vgl. S. 97 der Arbeit. — Planck Bem. 3e zu § 617.

hierbei werden, von welchem Zeitpunkt an die sechs Wochen zu berechnen sind. Es wäre einmal denkbar, daß sie gerechnet würden, von dem Zeitpunkt an, von welchem die erste ärztliche Behandlung oder besondere Verpflegung sich vernotwendigte, mit anderen Worten, also von dem Augenblick der Erkrankung an, und zum andern von dem Zeitpunkt, von welchem an ärztliche Behandlung oder besondere Verpflegung tatsächlich gewährt worden ist. Die letzte Ansicht verdient den Vorzug.[1]) Das Gesetz sagt ausdrücklich, daß im Falle der Erkrankung für sechs Wochen die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung zu gewähren ist. Von einer Gewährung kann aber erst dann die Rede sein, wenn tatsächlich geleistet worden ist, nicht schon dann, wenn lediglich eine Verpflichtung hierzu bestand. Die gegenteilige Ansicht würde namentlich, wenn sich der Dienstberechtigte um seine Verpflichtung herumzudrücken sucht, und der wirtschaftlich abhängige Dienstverpflichtete seine Rechte geltend zu machen sich scheut, zu Härten gegen letzteren führen, die mit dem socialpolitischen Zweck des § 617 unvereinbar wären.

Im übrigen ist die sechswöchentliche Frist gemäß § 188 B. G. B. zu berechnen.

Sobald die Verpflichtung aus § 617 zur Entstehung gekommen ist, kann natürlich der Dienstverpflichtete fordern, daß sie tatsächlich erfüllt wird. Kommt der Dienstberechtigte einer dahingehenden begründeten Aufforderung des Dienstverpflichteten

---

[1]) Übereinstimmend: Cosack I S. 517. — Schultzenstein S. 66. — Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse: Bem. 3c ꝫ zu 617. – Abweichend Delius a. a. O., der die sechs Wochen von demjenigen Tage ab rechnet, an welchem der Dienstverpflichtete wegen der Erkrankung seine Arbeit einstellt, oder an welchem auf sein Ersuchen um Verpflegung das Vorhandensein einer Erkrankung festgestellt wird. Das erscheint nicht gerechtfertigt, solange der Dienstverpflichtete weder verpflegt noch ärztlich behandelt wird, kann man von einer „Gewährung" der erforderlichen ärztlichen Behandlung und Verpflegung, wie sie der § 617 für die Dauer von sehs Wochen erfordert, nicht sprechen. Daß der Dienstverpflichtete nicht mehr arbeitet, ist hierbei ganz gleichgültig. Außerdem wird spätestens in dem Zeitpunkt, in welchem der Dienstverpflichtete arbeitsunfähig wird, die Notwendigkeit besonderer Verpflegung oder ärztlicher Behandlung gegeben sein.

nicht nach, so ist er nach allgemeinen Grundsätzen (vgl. §§ 823 Abs. 2, 826 B. G. B.) zum Schadensersatz verpflichtet, da ihn stets ein Verschulden treffen wird. Man wird sogar sagen müssen, daß, wenn der Dienstverpflichtete unter Verschweigung seiner Erkrankung nicht rechtzeitig seinen Anspruch geltend macht, ein seine Rechte aus § 617 ganz oder zum Teil vernichtendes Verschulden gegeben sein kann.

Andererseits ist natürlich der Dienstberechtigte nicht gezwungen zu warten, bis der Dienstverpflichtete seinen Anspruch geltend macht, sobald seine Verpflichtung eingetreten ist, kann er leisten.

Fordert der Dienstverpflichtete ärztliche Behandlung oder besondere Verpflegung unter dem Vorgeben er sei krank, gewährt sie dann der Dienstberechtigte im Vertrauen auf die Richtigkeit der ihm gemachten Angaben, und wird nun der Dienstverpflichtete tatsächlich krank, so kann er zwar fordern, daß ihm jetzt von dem Zeitpunkt seiner tatsächlichen Erkrankung noch sechs Wochen ärztliche Behandlung und besondere Verpflegung gestellt werde, er wird aber dem Dienstberechtigten nach den §§ 823, 826 ersatzpflichtig werden für den Schaden, welchen dieser dadurch erlitten hat, daß er im Vertrauen auf die Richtigkeit der ihm gemachten Angaben Aufwendungen gemacht hat. Bevor besondere Verpflegung oder ärztliche Behandlung „erforderlich“ war, lag eben eine Erkrankung nicht vor, und der Umstand, daß der Dienstberechtigte vorher sich unnötige Kosten gemacht hat, kann ihn von seiner für den Fall der Erkrankung statuierten Verpflichtung nicht befreien.

Der Dienstverpflichtete würde freilich den ihm im Streitfalle obliegenden Beweis, daß er erst im Laufe der ärztlichen Behandlung oder der Gewährung besonderer Verpflegung erkrankt sei, schwerlich führen können, so daß sich praktisch in den weitaus meisten Fällen eine Haftung des Dienstherrn auf sechs Wochen, gerechnet von dem Zeitpunkt tatsächlicher Gewährung der ärztlichen Behandlung oder besonderen Verpflegung an, ergeben wird.

## 2) Der Dienstberechtigte haftet regelmäßig nicht über die Beendigung des Dienstverhältnisses hinaus.

Schon vor dem Ablauf von sechs Wochen endigt die Verpflichtung, wenn das Dienstverhältnis vorher beendigt wird. Hiervon gilt nur eine Ausnahme. Kündigt nämlich der Dienstberechtigte den Vertrag, wie er dies nach § 626 B. G. B. wegen des in der Erkrankung liegenden wichtigen Grundes an und für sich kann, so bleibt die dadurch herbeigeführte Endigung des Dienstverhältnisses zu sofort außer Betracht für die Verpflichtung aus § 617. Es haftet also mit anderen Worten in diesem Falle der Dienstberechtigte, trotzdem der Vertrag nicht mehr besteht bis zur Dauer von 6 Wochen. Die Gründe für die Satzung dieser Ausnahme sind so offensichtlich, daß sie einer näheren Hervorhebung nicht bedürfen. Nur insoweit würde eine auf Grund des § 626 B. G. B. ausgesprochene Kündigung Einfluß ausüben, als dadurch die sonst nach § 616 zu zahlende Vergütung in Wegfall kommen würde.[1]) Abgesehen aber von dem eben beregten Ausnahmefalle endigt die Fürsorgeverpflichtung stets mit der Auflösung des Dienstverhältnisses. Das gilt auch dann, wenn der Dienstberechtigte die Erkrankung zum Anlaß genommen hat, um unter Einhaltung einer vertrags- oder gesetzmäßigen Kündigungsfrist von weniger als sechs Wochen zu kündigen.[2]) Eine gegenteilige Auffassung würde dem Dienstverpflichteten praktisch in Nichts nützen, da dem Dienstberechtigten nie nachgewiesen werden könnte, daß er aus Anlaß der Erkrankung gekündigt habe. Unter Einhaltung welcher Fristen eine gesetzmäßige Kündigung bei Dienstverhältnissen, die auf unbestimmte Zeit

[1]) Vollmar a. a. O. S. 29.

[2]) Übereinstimmend Planck Bem. 4c. — Vollmar a. a. O. S. 29. — Abweichend ohne Begründung: Schultzenstein S. 67 mit Berufung auf Windscheidt-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechtes 8. Auflage S. 699. — Cosack I S. 517: „Nur dann bleibt die Beendigung des Dienstverhältnisses außer Betracht, wenn sie vom Dienstempfänger gerade wegen der Erkrankung des Dienstschuldners durch Kündigung herbeigeführt ist.“ Wie Cosack auch Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse Bem. 3b β zu § 617.

eingegangen sind, zulässig ist, besagen die §§ 621—624 B.G.B. Im übrigen kommen als Endigungsgründe in Betracht bei Dienstverhältnissen, die von vornherein auf bestimmte Zeit eingegangen waren, Ablauf dieser Zeit (§ 620 Abs. 1), bei demjenigen, deren Dauer aus der Beschaffenheit oder dem Zwecke, der Dienste zu entnehmen war, Erreichung dieses Zweckes, oder Eintritt des natürlichen Endigungspunktes (§ 620 Abs. 2). Unter allen Umständen ist Endigungsgrund der Tod des Dienstverpflichteten, der Tod des Dienstberechtigten nur dann, wenn eine dahin gehende vertragliche Abrede getroffen worden ist, oder dies aus der Beschaffenheit oder dem Zwecke der Dienste zu entnehmen ist.[1]) Daraus, daß der Tod des Dienstverpflichteten das Dienstverhältnis endigt, folgt einerseits, daß der Dienstberechtigte Beerdigungskosten für den Dienstverpflichteten nicht zu tragen hat, mag auch der Tod noch vor Ablauf der obligaten sechs Wochen eingetreten sein; daraus, daß der Tod des Dienstberechtigten regelmäßig das Dienstverhältnis nicht endigt, folgt andererseits, daß die Verpflichtungen aus § 617 auf den nunmehrigen Dienstherrn resp. den Erben des Dienstberechtigten regelmäßig übergehen.[2]) Selbstverständlich hört das Dienstverhältnis auch dann auf, wenn die Dienstleistung anders als durch den Tod des Dienstverpflichteten unmöglich wird, z. B. wenn der Dienstverpflichtete unheilbar geisteskrank wird.[3]) Trotzdem also in diesem Falle den Grund zur Beendigung des Dienstverhältnisses eine Erkrankung des Dienstverpflichteten bildet, findet § 617 keine Anwendung.

Geschäftliche Dienstverhältnisse werden von Rechts wegen aufgehoben, wenn der Dienstberechtigte in Konkurs gerät.[4]) Indessen bleibt dann, wenn ein geschäftliches Dienstverhältnis in anderer Weise als durch Kündigung aufgehoben wird, dasselbe zu Gunsten des Dienstverpflichteten solange wirksam, bis dieser von dem Erlöschen Kenntnis erlangt oder das Erlöschen kennen muß.[5]) Solange würde also der Dienstverpflichtete in diesem Falle auch Anspruch auf die Wohltat des § 617 B. G. B. haben.

[1]) Cosack I Seite 521/522. — Planck Bem. 3 zu § 613.

[2]) Vgl. § 1967 B. G. B.

[3]) Vgl. §§ 275, 323 I, 613 B. G. B.

[4]) Vgl. K. O. § 23.

[5]) Vgl. §§ 674, 675 B. G. B.

## § 8.

### 1) Begriff der erforderlichen ärztlichen Behandlung und Verpflegung.

Was den Inhalt der sich aus § 617 ergebenden Verpflichtung des Dienstherrn anbetrifft, so ist zu gewähren „die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung.“ Es bedürfte hierbei eigentlich keiner besonderen Hervorhebung, daß sich das Wort erforderlich sowohl auf Verpflegung wie auch auf ärztliche Behandlung bezieht. Zu Streit aber kann und hat die Frage Anlaß gegeben, welche Art der Verpflegung resp. der ärztlichen Behandlung oder mit anderen Worten in wieweit diese erforderlich ist. Was zunächst die ärztliche Behandlung anbetrifft, so ist diese unseres Erachtens insoweit erforderlich, als sie nach den persönlichen, auch seelischen Verhältnissen des Kranken nach objektiver, auf Grundlage der Ergebnisse der medicinischen Wissenschaft getroffener, sachverständiger Entscheidung für die Herbeiführung des Heilerfolges angemessen ist unter billiger Berücksichtigung der Verhältnisse des Dienstberechtigten sowohl wie der Interessen des Dienstverpflichteten. Zur ärztlichen Behandlung gehört auch die Darreichung sämtlicher Mittel, soweit es sich nicht um Nahrungsmittel handelt, welche zum unmittelbaren Zwecke der Heilung verabfolgt werden und diesen Erfolg herbeizuführen geeignet sind.[1]) In Betracht kommen demnach zunächst die Körperverhältnisse, d. h. die besondere gerade vorliegende stärkere oder schwächere Körper- und Nervenkonstitution des erkrankten Dienstverpflichteten. Bei einem Kranken, bei welchem sich nach ärztlichem Erachten die Natur am besten selbst hilft, brauchen besondere Arzeneien nicht angewandt zu werden, sie sind dann nicht erforderlich; bei einem Dienstverpflichteten, bei dem die gewöhnliche Behandlungsmethode nichts fruchtet, ist eine besondere sorgfältigere, vielleicht kostspieligere Behandlung geboten. Er-

---

[1]) Abweichend Hahn in Arbeiterversorgung Band XIII Seite 53. — Schultzenstein S. 64: „Ärztliche Behandlung ist die auf die Heilung oder Linderung des Krankheitszustandes gerichtete Tätigkeit des Arztes.“ — Abweichend auch Rosin a. a. O. S. 317.

scheint nach sachverständigem Erachten von einer in gleichen oder ähnlichen Krankheitsfällen angewandten Heilmethode wegen der besonderen subjektiven Verhältnisse des Erkrankten ein Erfolg ausgeschlossen, so ist eine dahin gehende Behandlung niemals erforderlich.[1]) Für einen Menschen, der sich bei einem Eisenbahnunfall den Fuß gebrochen hat, und dessen Nerven infolge der Katastrophe zerrüttet sind, ist eine andere Art der Behandlung erforderlich, wie für Jemanden der bei völliger Intaktheit seiner Nerven an einem Beinbruch krank liegt. Erscheint die Hinzuziehung eines Arztes nicht geboten, kann sie der Dienstverpflichtete auch nicht verlangen.[2]) Für einen Menschen mit Durchschnittskonstitution ist bei einer Erkrankung, welche die gewöhnlichen Krankheitserscheinungen zeitigt, auch die gewöhnliche Behandlung als genügend zu erachten.[3]) „Die Vornahme einer Operation bezw. die Hinzuziehung eines Spezialarztes ist dann zu gewähren, wenn dieselbe im einzelnen Falle eines nach Lage der Sache bedeutsamen Behandlungsresultates angemessen erscheint. Für die Frage des Spezialarztes wird auch mitbestimmend sein, in wieweit das betreffende Spezialgebiet nach medicinischem Herkommen von den allgemeinen Ärzten ungepflegt bleibt.[4])“

Da der Arzt bestimmt, was erforderlich ist, kommen nicht in Betracht die subjektiven, vielleicht sehr falschen Anschauungen des Dienstberechtigten oder des Dienstverpflichteten. Ersterer kann insbesondere die Hinzuziehung eines Arztes nicht deswegen verweigern, weil er selbst in ähnlichen Lagen für sich und seine Familienangehörigen einen Arzt nicht zuziehen würde, oder weil er von Ärzten nichts hält.[5])

Nach der hier gegebenen Difinition sind in billiger Weise zu berücksichtigen die persönlichen Vermögensverhältnisse des

---

1) Übereinstimmend Rosin a. a. O. S. 322. — Übereinstimmend auch Schultzenstein S. 60c, in falscher Wortstellung eines „nicht“, welches statt vor „aus dem Grunde“ vor „erforderlich“ stehen müßte.

2) Planck Bem. 4a zu § 617. — Langfeld a. a. O. S. 692 Note 3.

3) Abweichend: Schultzenstein S. 60: „Die gewöhnliche Verpflegung und Behandlung sind nicht als genügend zu erachten.“

4) Vgl. Rosin a. a. O. S. 381 Anm. 20.

5) Planck Bem. 4a zu § 617.

Dienstberechtigten.[1]) Diese Berücksichtigung kann aber immer nur eine billige sein, sie darf niemals dahin führen, daß eine erforderliche Behandlung deswegen nicht für anwendbar erklärt wird, weil sie nach den Vermögensverhältnissen des Dienstberechtigten als zu kostspielig, oder weil sie nach Lage des Hauswesens nicht möglich erscheint. Das Gesetz hat eben dem Dienstberechtigten ohne Rücksicht darauf, ob das im Einzelfall tatsächlich der Fall ist, die Stellung des wirtschaftlich Stärkeren zugewiesen und ihm als solchem eine Last, die sonst der Dienstverpflichtete zu tragen hätte, ohne Rücksicht auf Leistungsfähigkeit auferlegt. Nicht zu folgen ist daher der Ansicht von Planck[2]) und Langfeld[3]), daß der Dienstverpflichtete sich stets mit solcher Pflege begnügen müsse, wie sie nach Lage des Hauswesens möglich erscheine. Gerade deshalb, weil die erforderliche Pflege häufig nicht im Hause gewährt werden kann, ist ja dem Dienstberechtigten die Möglichkeit gegeben, den Dienstverpflichteten in eine Krankenanstalt aufnehmen zu lassen. Zu weitgehend erscheint vollends die Ansicht Dernburgs[4]), wenn er ausführt: „Ist z. B. die Familie des Dienstherrn selbst durch schwere Krankheit getroffen, so müssen unter Umständen die Rücksichten auf die Gesundheit des Dienstverpflichteten zurücktreten, wenn der Dienstherr selbst aus Not, wie der Dienstverpflichtete beim Dienstvertrage wußte, sich kümmerlich und unhygienisch behelfen muß, können seine Dienstleute nicht mehr verlangen." Insoweit werden aber stets die Vermögensverhältnisse des Dienstberechtigten zu berücksichtigen sein, als der Dienstverpflichtete z. B. von zwei gleich guten Heilmethoden oder Arten von Arzneien sich stets mit der billigeren wird begnügen müssen, mag diese auch für ihn hinsichtlich der Schmerzen oder Unannehmlichkeiten, die sie mit sich führt, die weniger bequeme bilden, es sei denn, daß der Kostenunterschied ein ganz

1) [illegible] S. 61, [illegible] (S. 60), daß von mehreren anwendbaren [illegible] nicht gerade die [illegible] gewählt zu werden brauchen, und daß [illegible] in [illegible] Weise geheilt werden könne.

2) Planck Bem. 4 a zu § 617.

3) Langfeld a. a. O. S. 682 Note 3.

4) Dernburg a. a. O. Bd. II. S. 394.

minimaler ist. Auch bei Beantwortung der Frage, ob Spezialärzte hinzuzuziehen sind, werden die Vermögensverhältnisse des Dienstberechtigten wesentlich mitsprechen.

Andererseits kann auch der Dienstverpflichtete eine billige Berücksichtigung seiner Interessen verlangen. Führt z. B. von zwei Heilmethoden, die beide Aussicht auf Erfolg versprechen, die eine, billigere, voraussichtlich erst in Jahresfrist zur Heilung, die andere, teurere, bereits in etwa Monatsfrist, so wird der Dienstverpflichtete verlangen können, daß trotz der Rücksicht auf die Verhältnisse des Dienstberechtigten in Wahrung seiner eigenen Interessen die teurere Heilmethode in Anwendung gelangt. Kommen weiter zwei Heilmethoden in Frage, von denen die eine, kostspieligere, kein oder nur ein geringes Merkmal des einstigen Daseins der Krankheit und ihrer Bekämpfung hinterläßt, während bei der anderen, billigeren, voraussichtlich eine Verunstaltung des Gesichtes, der Hände oder dergleichen zurückbleibt, so wird der Dienstverplichtete verlangen können, daß er der Behandlung durch die teurere Heilmethode unterworfen wird. Man wird kurz sagen können, daß überall da, wo die Interessen des Dienstberechtigten mit denen des Dienstverpflichteten kollidieren, die Entscheidung zu treffen ist in Grundlage des § 242 B. G. B., nach welchem der Schuldner verpflichtet ist, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.[1])

Grundfalsch aber ist es, bei der in dieser Weise getroffenen Entscheidung die geringere sociale Stellung eines Dienstverpflichteten zu benutzen, um ihm auch ein Weniger an ärztlicher Behandlung zuzubilligen.[2]) Der social niedriger Gestellte hat genau denselben Anspruch auf sorgsame ärztliche Behandlung, wie der social besser Gestellte. Was hier erforderlich ist, muß es — vorausgesetzt natürlich, daß es sich um gleiche Krankheitserscheinungen und gleiche Konstitutionen handelt — auch dort sein. Es ist kein Grund ersichtlich, und das Gesetz gibt auch zu einer solchen Auffassung keinerlei Anlaß, warum hinsichtlich der ärztlichen Behandlung der eine schlechter gestellt werden

1) Vgl. Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse Bem. 3 b zu § 617.

2) Übereinstimmend Hahn in Arbeiterversorgung Bd. XIII. S. 55. — Schultzenstein S. 61.

soll wie der andere. Die Gesundheit des social schlechter Gestellten ist ein ebenso kostbares Gut wie die des social besser Gestellten, ja jener könnte höchstens noch Anspruch auf sorgfältigere Behandlung machen, ist doch die Gesundheit ausnahmslos das einzige Kapital, welches ihm die Glücksgöttin verliehen hat. Diesem Gedanken hat man auch Rechnung getragen. Mit Recht ist in Arbeiterversorgung Band VI S. 554 lediglich wegen der socialen Stellung der Erkrankten eine Perrücke als Heilmittel erklärt für Haarschwund bei einer Servierkellnerin in einem Hotel. Auch sonst muß dieser Gedanke dahin führen, daß man einen künstlichen Ersatz für verstümmelte Körperteile einzig aus der Rücksicht auf die sociale Stellung des Erkrankten als Heilmittel anzusehen hat. Abgesehen aber von diesen Ausnahmefällen sind künstliche Glieder, Gebisse und dergl. nur dann vom Dienstberechtigten, und zwar stets nur auf die Dauer von sechs Wochen zu leisten, wenn sie zur Sicherung des Heilerfolges notwendig sind.[1]) Ist der Heilerfolg nicht gesichert, tritt also die Krankheit sofort wieder auf, kann von einer vollständigen Heilung nicht die Rede sein, und solange das der Fall ist, besteht bis zur Dauer von sechs Wochen die Verpflichtung des Dienstberechtigten. Ob auch die Verabfolgung von Brillen, Krücken, Bruchbändern und dergl. hierher gehört, wird immer Frage des einzelnen Falles sein.[2]) Eine blaue Brille wird bald zur Bekämpfung einer Augenkrankheit nötig sein, bald wird sich ihre Anschaffung vernotwendigen, weil nach überstandener Krankheit die zurückgebliebene Sehschwäche sie erfordert. Im ersteren Fall wäre sie vom Dienstberechtigten zu liefern, im zweiten nicht. Überall, wo die erwähnten Gegenstände zur Bekämpfung der Krankheit

---

[1]) Übereinstimmend Hahn in Arbeiterversorgung Bd. XIII. S. 56. — Schultzenstein S. 64. — Abweichend Rosin S. 378/379.

[2]) Übereinstimmend Schultzenstein S. 139, welcher Krücken, Bruchbänder u. dgl. zur Verpflegung rechnet. — Abweichend Delius a. a. O., nach welchem Brillen, Krücken, Bruchbänder nicht zu liefern sind, da der Begriff, „erforderlicher Verpflegung“ unter Berücksichtigung des Umstandes, daß die Pflicht des Dienstherrn sich höchstens auf 6 Wochen erstrecke, interpretiert werden müsse. — Abweichend anscheinend auch Planck Bem. 4a. zu § 617: Anschaffung von Brillen, Bruchbändern, Krücken und dergl. gehört nicht zur „Verpflegung.“ “

dienen, sind sie vom Dienstberechtigten zu liefern, vernotwendigt sich nach überstandener akuter Krankheit ihr Gebrauch, scheiden sie aus. Stets besteht die Verpflichtung des Dienstherrn nur für die Dauer von sechs Wochen. Ist eine Behandlung der Krankheit durch Massieren, Elektrisieren, Abreibungen, Bäder und dergl. erforderlich, so hat der Dienstverpflichtete natürlich auch hierfür Sorge zu tragen.[1]) Wein, Spirituosen, Mineralwässer und dergl. gehören zur erforderlichen ärztlichen Behandlung, wenn und soweit sie zur Bekämpfung der Krankheit dienen.[2])

Eingegangen werden muß noch kurz auf das Wort „ärztlich.“ Gemeint ist hiermit natürlich nicht, daß jede auf Heilung gerichtete Tätigkeit an dem Kranken unter allen Umständen durch einen approbierten Arzt erfolgen müsse.[3]) Soweit Tätigkeit an einem Kranken nach allgemeiner Verkehrsanschauung durch andere Personen z. B. durch Krankenwärter, Heilgehilfen, Zahntechniker, Masseure, Hebammen und dergl. ausreichend ausgeübt wird, muß sich natürlich auch der erkrankte Dienstverpflichtete mit der Tätigkeit dieser Personen begnügen. Dies gilt natürlich noch um so mehr, wenn die genannten Personen unter Leitung eines Arztes dem letzteren nur Hülfsdienste leisten. Die Wahl dessen, der den Dienstverpflichteten behandeln soll, der Apotheke und dergl. steht dem Dienstberechtigten[4]) jedenfalls solange zu, als er sein Recht nicht mißbraucht.[5]) Eine Behandlung durch Kurfuscher, Naturärzte und andere Personen, die sich für heilkundig ausgeben, ist nie eine ärztliche Behandlung.

Bemerkt sei noch, daß zur erforderlichen ärztlichen Behandlung auch der freie Transport in die Krankenanstalt gehört, wenn die Aufnahme beliebt wird.[6])

---

1) Rosin S. 376/377. — Hahn in Arbeiterversorgung XIII. S. 53, 54, 66. — Schultzenstein S. 65.

2) Denkbar ist, daß die genannten Sachen zur erforderlichen Verpflegung gehören. Vergl. S. 93 der Arbeit.

3) Vgl. §§ 29, 147 Gew. O. — Rosin S. 375 fg.

4) Anders nach §§ 6a, 26a, 56a des K. V. G. Hier steht dem Versicherten die Wahl zu.

5) Planck Bem. 4a zu § 617.

6) Langfeld S. 672. Note 6b.

Was die erforderliche Verpflegung anbetrifft, so ist darunter zu verstehen, die Gewährung derjenigen Nahrungsmittel und Wohnung, die in Unterstützung der ärztlichen Behandlung zur Erhaltung und Kräftigung des Körpers unter billiger Berücksichtigung der socialen Stellung des Dienstverpflichteten und der Vermögensverhältnisse des Dienstberechtigten zu gewähren notwendig erscheint, nach Maßgabe sachverständigen Erachtens des behandelnden Arztes.[1])

Im Gegensatz zu der von uns vertretenen Auffassung, daß hinsichtlich der Erforderlichkeit der ärztlichen Behandlung die sociale Stellung des Dienstverpflichteten grundsätzlich außer Betracht bleiben müsse, wollen wir hier die letztere berücksichtigt wissen.[2]) Wollte man annehmen, daß auch hinsichtlich der Verpflegung der social besser Gestellte nicht mehr zu beanspruchen hätte als der social schlechter Gestellte, so würde das zu geradezu unhaltbaren Consequenzen führen. Bei einem Menschen, der in gesunden Tagen eine bessere Verpflegung gewohnt war und der im Falle seiner Erkrankung plötzlich nur die für den Durchschnittsmenschen gerade erforderliche Verpflegung erhalten soll, wäre dieser Umstand geradezu geeignet, eine Gesundung zu verhindern. Handelt es sich um die Frage der Aufnahme in eine Krankenanstalt, durch die, wie später gezeigt werden wird, sich der Dienstberechtigte von seiner Verpflichtung befreien kann, so wird es, wenn diese Krankenanstalt mehrere Klassen hat, dem allgemeinen Rechtsempfinden entsprechen, wenn der social besser gestellte Dienstverpflichtete in eine höhere Klasse aufgenommen wird wie der social unter ihm Stehende.[3]) In diesem Sinne ist es richtig, wenn Rosin[4]) bemerkt, es sei nicht Aufgabe der socialpolitischen Gesetzgebung

---

1) Abweichend Rosin S. 378. — Hahn in Arbeiterversorgung Bd. XIII. S. 56. — Schultzenstein S. 63: „Was den Ausdruck erforderliche Verpflegung anbetrifft, so ist darunter im allgemeinen im Gegensatze zur persönlichen Tätigkeit des Arztes jedes zur Heilung oder Linderung des Krankheitszustandes oder zur Sicherung des Heilerfolges dienende sächliche Mittel zu verstehen."

2) Abweichend Schultzenstein S. 61.

3) Die ärztliche Behandlung wird in allen Klassen eines Krankenhauses stets die gleiche sein. Der Unterschied zwischen den verschiedenen Klassen wird sich stets nur in der Verpflegung und Wohnung zeigen.

4) Rosin a. a. O. S. 323.

die durch die wirtschaftliche Gliederung der Gesellschaft bedingten Standesunterschiede auf kommunistischem Boden zu beseitigen.

Nach der socialen Stellung des Dienstverpflichteten richtet es sich z. B. auch, ob der Dienstberechtigte verpflichtet ist, Wein, Mineralwässer und dergl. zu liefern in Fällen, in denen dies zur ärztlichen Behandlung nicht erforderlich erscheint.

Im übrigen sind die Verhältnisse des Dienstberechtigten auch hier in derselben Weise zu berücksichtigen, wie dies schon hinsichtlich der ärztlichen Behandlung auseinandergesetzt wurde. Daß auch hier das Erachten des Arztes mitsprechen muß, liegt auf der Hand, kann doch häufig nur er bestimmen, welche Speisen u. s. w. dem Kranken zuträglich sind, und welche nicht.

Erwähnt muß noch werden, daß, wenn ein Dritter oder der Erkrankte selbst an Stelle des Dienstberechtigten die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung verschafft hat, er von dem Dienstberechtigten nach §§ 679, 683, 685 Ersatz verlangen kann.[1])

## 2) Befreiung des Dienstberechtigten durch die Aufnahme des Dienstverpflichteten in eine Krankenanstalt.

Die häufig ohnehin auf dem Dienstberechtigten schon schwer lastende Verpflichtung aus § 617 würde in vielen Fällen noch drückender wirken, wenn dem Dienstberechtigten nicht die Möglichkeit gegeben wäre, den Dienstverpflichteten in einer Krankenanstalt unterzubringen. Mangel an Raum und Zeit oder auch eigene Krankheit könnten es dem Dienstberechtigten doppelt schwer machen, seiner Verpflichtung aus § 617 nachzukommen. Aus dieser Erwägung heraus bestimmt § 617 Satz 2, daß der Dienstherr berechtigt ist, die Verpflegung und ärztliche Behandlung durch Aufnahme des Dienstverpflichteten in eine Krankenanstalt zu gewähren.[2]) Dieses Recht des Dienstberechtigten stellt sich dar als eine Alternativermächtigung. Der Dienstberechtigte hat lediglich das Recht, den Dienstverpflichteten

---

[1]) Planck Bem. 6b zu § 617.

[2]) Vgl. § 59, Abs. 3 der Seemannsordnung. — § 7 K. V. G.

aufnehmen zu lassen, während der Dienstverpflichtete die Aufnahme nicht fordern kann.[1]) Der klare Wortlaut des Gesetzes kann hierüber Zweifel nicht aufkommen lassen. Ja der Dienstberechtigte bedarf nicht einmal der Zustimmung des Dienstverpflichteten.[2]) Schon hieraus folgt, daß die Wahl der Krankenanstalt, welche die Aufnahme gewähren soll, dem Dienstberechtigten zusteht.[3]) Die dem Dienstberechtigten eingeräumte Wahl, ob er den Dienstverpflichteten im Hause verpflegen und ärztlich behandeln lassen will, fällt nur dann fort, wenn der Krankheitszustand des Dienstverpflichteten die Unterbringung im Krankenhause gebietet.[4]) In diesem Fall muß der Dienstberechtigte für die Unterbringung im Krankenhause Sorge tragen. Dies folgt daraus, daß der Dienstberechtigte immer die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung zu gewähren hat.

Zutreffend bemerkt Rosin (a. a. O. S. 388), daß der Dienstberechtigte, wenn die Krankenhausbehandlung vom Dienstverpflichteten gewünscht werde, sie an Bedingungen und Gegenleistungen knüpfen könne, sofern durch solche Vereinbarungen dem Maße derjenigen Leistungen kein Abbruch geschehe, an deren Stelle die Kur und Verpflegung zu treten habe. Die Ermächtigung des Dienstberechtigten ist natürlich nicht auf den Zeitpunkt des Beginns der Krankheit beschränkt; sie steht ihm vielmehr grundsätzlich bis zur Beendigung des Heilverfahrens zu. Ein Wiederaufgeben der einmal gewählten und begonnenen Krankenhausbehandlung erscheint jedenfalls insoweit unzulässig, als dadurch ein nachteiliger Einfluß auf die Behandlung ausgeübt wird.

Natürlich kann der Dienstberechtigte den Dienstverpflichteten niemals zwingen, sich in einer Krankenanstalt behandeln zu lassen,[5]) und zwar selbst dann nicht, wenn es sich um ein

---

[1]) Übereinstimmend Langfeld S. 692. — Planck Bem. 4b zu § 617. — Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse Bem. 3b zu § 617.

[2]) Langfeld S. 692 Nr. 4.

[3]) Planck Bem. 4b zu § 617. — Rosin S. 388.

[4]) Übereinstimmend Entscheidung des O. L. G. Colmar vom 16. Februar 1905 im Recht IX. S. 134.

[5]) Planck Bem. 4b zu § 617.

Institut handelt, welches allen Anforderungen entspricht, die ein verständiger Mensch zu stellen berechtigt erscheint. Der Dienstverpflichtete hat nur die Folgen seiner ungerechtfertigten Weigerung zu tragen. Diese bestehen darin, daß er jeden Anspruch aus § 617 für die Dauer seines Widerspruchs verliert.[1]) Bei der Alternativermächtigung, mit der man es, wie erwähnt, hier zu tun hat, wird der Schuldner durch unverschuldete Unmöglichkeit einer der Leistungen überhaupt befreit.[2]) Die Unmöglichkeit ist aber beseitigt, sobald der Dienstverpflichtete sich in die Krankenanstalt aufnehmen läßt. Die Verpflichtung des Dienstberechtigten setzt daher mit diesem Augenblick wieder ein.[3]) In diesem Falle wird aber der Dienstberechtigte nur in den Grenzen haften, in denen seine Verbindlichkeit auch ohne die ursprüngliche Weigerung des Dienstverpflichteten bestanden haben würde.[4]) Es kann grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz gegeben sein, der den Anspruch des Dienstverpflichteten ganz oder teilweise vernichtet.

Selbstverständlich ist, daß die Befreiung des Dienstberechtigten nur eintritt, wenn es sich in der Tat um eine „Krankenanstalt" handelt, also um ein Institut, welches diesen Namen verdient. Sonst wird eben die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung nicht gewährt. Unter einer Krankenanstalt aber ist zu verstehen ein zur Unterbringung von Kranken bestimmtes Institut, welches hinsichtlich der Lage, der Größe, der Bauart, der Heizung und Lüftung, der Wasserverhältnisse, des gesamten Mobiliars, der Verpflegung, der medicinischen Werkzeuge, sowie hinsichtlich der Ärzte, Krankenwärter und sonstigen Beamten allen berechtigten Anforderungen zur Pflege und Genesung der Kranken entspricht. Ob es sich im übrigen um ein öffentliches oder um ein Privatinstitut handelt, ist ebenso gleichgültig, wie es der Name des Unternehmens ist.

---

1) Rosin S. 389. — Schultzenstein S. 70. — Delius a. a. O.

2) Schollmeyer a. a. O. S. 61 Satz 2b.

3) Rosin S. 389. — Schultzenstein S. 70. — Abweichend Planck Bem. 4b zu § 617, der dem Anspruch für dauernd vernichtet ansieht.

4) Vgl. des Näheren S. 99 fg. der Arbeit. — Rosin S. 389.

## 3) Anrechnung der Kosten auf die geschuldete Vergütung.

Eine Einschränkung erfährt die dem Dienstberechtigten nach § 617 obliegende Verpflichtung dadurch, daß der Dienstberechtigte die Kosten der erforderlichen ärztlichen Behandlung und Verpflegung auf die für die Zeit der Erkrankung gegeschuldete Vergütung anzurechnen berechtigt ist. Selbstverständliche Voraussetzung ist hierbei, daß überhaupt Vergütung geschuldet wird; ob und in wieweit dies der Fall ist, bestimmt sich nach allgemeinen Grundsätzen, nach den §§ 611 fg. B. G. B., § 63 H. G. B. sowie nach § 616 B. G. B. Ist dies der Fall, so macht es für die Anrechnungsbefugnis keinen Unterschied, ob der Kranke im Hause behandelt wird oder in einer Krankenanstalt untergebracht ist.[1] Im übrigen kann die Anrechnung nur immer auf die Vergütung erfolgen, die für die Zeit der Erkrankung geschuldet wird. Bezieht also der Dienstverpflichtete eine Vergütung von 15 Mark für den Monat, und ist er in diesem Monat 10 Tage krank, so dürfen auf die Kosten immer nur fünf Mark angerechnet werden.[2] Gleichgültig ist für die Anrechnung, ob der Dienstverpflichtete für die Zeit seiner Erkrankung einzelne oder alle Dienste fortleistet.[3] Hat der Dienstberechtigte die Vergütung im voraus entrichtet, so tritt an die Stelle des Anrechnungsanspruches das Recht auf Rückforderung des Lohnes[4] nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung (§ 812 B. G. B.). Hat der Dienstberechtigte keine Kosten gehabt, weil er sich gegen Erkrankung seiner Dienstverpflichteten versichert hatte, so dürfen von dem Lohn nicht etwa die gezahlten Versicherungsprämien abgezogen werden, diese sind nicht Kosten der Verpflegung und ärztlichen Behandlung. Der Dienstberechtigte hat in diesem Falle volle Vergütung zu entrichten.[5]

---

[1] Planck Bem. 5d zu § 617.

[2] Langfeld S. 692. — Schultzenstein S. 72. — Bonn a. a. O. S. 54.

[3] Cosack Bd. I S. 526. — Schultzenstein S. 73.

[4] Planck Bem. d zu § 617. — Cosack Bd. I S. 526. — Schultzenstein S. 72.

[5] Schultzenstein S. 73. — Bonn a. a. O. S. 53/54.

Was unter Vergütung zu verstehen ist, ist schon bei Erörterung des § 616 auseinandergesetzt. Es kann hier auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden.[1]) Naturralleistungen sind natürlich in Geld zu veranschlagen.

## § 9.

### 1) Grobfahrlässiges oder vorsätzliches Handeln des Dienstverpflichteten.

Völlig in Wegfall kommt der Anspruch aus § 617 dann, wenn der Dienstverpflichtete seine Erkrankung vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt hat. Was die Frage anbetrifft, was unter „grobfahrlässigem oder vorsätzlichem Handeln" zu verstehen sei, so kann hier auf das verwiesen werden, was über den Begriff „Verschulden", der ja vorsätzliches und fahrlässiges Handeln umfaßt, bei der Erörterung des § 616 gesagt worden ist.[2]) Der Unterschied ist nur der, daß hier im § 617 nur grobe Fahrlässigkeit den Ausschluß der Verpflichtung des Dienstherrn herbeiführt, während dort in § 616 jede Fahrlässigkeit hinlänglich erscheint, um den Dienstverpflichteten seines Anspruchs zu berauben. Eine Definition des Begriffes „grobe Fahrlässigkeit" gibt das Gesetz nicht. Man wird daher im Anschluß an die in § 276 B. G. B. gegebene Erläuterung des Begriffes „Fahrlässigkeit" sagen können: Grobfahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in grober Weise außer Acht läßt.[3]) Wann das vorliegt, ist natürlich Tatfrage, Sache richterlichen Ermessens. Der Richter wird aber gut tun, wenn er grobe Fahrlässigkeit nicht zu leicht für gegeben erachtet, namentlich dann, wenn der Dienstverpflichtete im Dienste des Berechtigten verunglückt ist, oder den Keim der Krankheit in sich aufgenommen hat. Das Billigkeitsgefühl der Dienstherrschaft müßte hier schon helfend eingreifen und, wenn dies versagt, muß es nach Möglichkeit der Richter tun.

[1]) Vgl. S. 30 flg. dieser Arbeit.
[2]) Vgl. S. 47 dieser Arbeit.
[3]) Motive Bd. I S. 280.

Was die streitig gewordene Frage anbetrifft, ob auch ein Dienstverpflichteter, der sich durch außerehelichen Geschlechtsverkehr eine Erkrankung zugezogen hat, Anspruch auf die Wohltat des § 617 hat, so wird man dieselbe stets verneinen müssen[1]). Man wird nicht umhin können, grobe Fahrlässigkeit für vorliegend zu erachten, wenn man das Resultat dieser Entscheidung im Interesse der Volksgesundheit auch bedauern muß.

Zutreffend bemerkt Schultzenstein (a. a. O. S. 80), daß es auf Motiv und Zweck der vorsätzlichen oder grobfahrlässigen Handlung nicht ankommt. Dem genannten Autor ist auch beizupflichten, wenn er (a. a. O. S. 81/82) bemerkt, daß eine krankheitsherbeiführende Handlung des Dienstverpflichteten, welche im Zustande der Bewußtlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit (§ 827 I B. G. B.) begangen sei, den Dienstberechtigten nicht befreie. Nicht zu folgen ist ihm aber, wenn er dann fortfährt, daß diese Befreiung nicht einmal bei actio in libera causa eintrete, da hier gemäß § 827 II B. G. B. dem Dienstverpflichteten nur Fahrlässigkeit, nicht grobe Fahrlässigkeit zur Last falle. Der § 827 II besagt weiter nichts, als daß der Täter dann nicht haftet, wenn Voraussetzung der Haftung ein vorsätzliches Handeln ist.[2]) Überall, wo das Gesetz von Fahrlässigkeit schlechthin spricht, fällt unter diesen Begriff auch die grobe Fahrlässigkeit. Das zeigt auf das deutlichste der § 276 B. G. B., welcher besagt, daß der Schuldner im allgemeinen Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten habe. Fällt also bei einer actio libera in causa dem Dienstverpflichteten grobe Fahrlässigkeit zur Last, so hat er im Falle seiner Erkrankung aus § 617 keinen Anspruch gegen den Dienstberechtigten.

Was die Frage nach der Beweislast anbetrifft, so liegt dem Dienstberechtigten der Nachweis ob, daß die Erkrankung vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt sei,

---

[1]) So Planck Bem. 3f zu § 617 — Vgl. auch Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse Bem. 1c zu § 617. — Abweichend Bonn a. a. O S. 18 und Schultzenstein S. 81 mit Berufung auf Goldmann-Lilienthal.

[2]) Planck Bem. 3a zu § 827. — Fischer-Henle Note 8 zu § 827.

während alle anderen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des § 617 durch den Dienstverpflichteten darzutun sind.[1])

Interessante Fragen ergeben sich, wenn der Dienstverpflichtete, ohne daß ihm Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt, erkrankt ist, und nun dadurch eine Verschlimmerung resp. die verspätete Heilung seines Leidens verursacht, daß er verweigert, sich der nach ärztlichem Gutachten notwendigen Heilbehandlung zu unterziehen. Das Reichsgericht führt in seinem Urteil vom 13. Februar 1905 (Bd. 60 S. 149) aus: „Von demjenigen, welcher an seiner Gesundheit durch einen Unfall geschädigt worden ist, für dessen vermögensrechtliche Folgen ein anderer ersatzpflichtig ist, muß verlangt werden, daß er . . . . . . . . zur Heilung oder Besserung seiner Krankheit die nach dem jetzigen Stande der medizinischen Wissenschaft sich darbietenden Mittel zur Anwendung bringe, und es muß hierbei wenigstens als Regel gelten, daß der Verletzte in solchem Falle nicht anders handeln darf, als es bei gleicher Gesundheitsstörung ein verständiger Mensch tun würde, der nicht in der Lage ist, die Vermögensnachteile, die ihm bei Fortdauer der Krankheit erwachsen, auf einen anderen abzuwälzen. Unterläßt es der Verletzte in dieser Weise auf Wiederherstellung oder Besserung seiner Gesundheit Bedacht zu nehmen, so ist hierin ein Verschulden im Sinne von § 254 II B. G. B. zu finden."

Dieser Gesichtspunkt muß auch hier maßgebend sein. Danach liegt zum mindesten in so einem Falle grobe Fahrlässigkeit des Dienstverpflichteten vor. Der Dienstberechtigte hat unseres Erachtens Mehraufwendungen, die durch so eine ungerechtfertigte Weigerung des Dienstverpflichteten entstehen, nicht zu ersetzen. Seine Verpflichtung geht mit anderen Worten nur soweit, als sie auch entstanden sein würde, wenn der Kranke den wissenschaftlich begründeten Anordnungen des Arztes Folge gegeben hätte.[2]) Zwar besagt § 617, daß beim Vorliegen grober Fahrlässigkeit der Anspruch ganz wegfalle, dies gilt aber

---

1) So Planck Bem. 3g zu § 617. — Schultzenstein S. 82 mit Berufung auf andere. — Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse Bem. 5c zu § 617.

2) Vgl. dazu Rosin a. a. O. S. 312 fgl.

nur, wenn die Krankheit dadurch „herbeigeführt“ ist.[1]) Hier handelt es sich aber um die Verschlimmerung eines bereits bestehenden Leidens. Schultzenstein (a. a. O. S. 81) kommt unter analoger Anwendung des § 59 V der neuen Seemannsordnung, welcher besage, daß der Schiffsmann, welcher sich der Heilbehandlung ohne berechtigten Grund entzieht und hierdurch nach ärztlichem Gutachten die Heilung vereitelt oder wesentlich erschwert, seinen Fürsorgeanspruch verliert, zu einem gleichen Resultat auch für die unter § 617 B. G. B. fallenden Tatbestände. Das erscheint nicht gerechtfertigt. Zunächst nimmt der genannte Autor zu Unrecht an, daß eine Bestimmung der Seemannsordnung, die singuläres Recht darstellt, analoge Anwendung im Geltungsgebiet des bürgerlichen Rechts finden könne. Da Vorschriften eines singulären Rechtes das höhere Princip nicht beseitigen, sondern nur für besondere Fälle durchbrechen wollen, erscheinen sie zur analogen Anwendnng ungeeignet. Außerdem steht in § 59 V der Seemannsordnuug garnicht das, was Schultzenstein daraus entnimmt. Der letzte Satz des § 59 V besagt nämlich, daß über Berechtigung des Grundes (des Verlustes des Anspruchs) sowie über Beginn und Dauer des Verlustes vorläufig das Seemannsamt entscheide. Wenn über Beginn und Dauer eines Verlustes eine Entscheidung getroffen werden muß, so ist damit schon gesagt, daß der Verlust nicht stets, vielleicht nicht einmal in der Regel, ein dauernder und zum andern ein gänzlicher und sofortiger ist. Aus welchem Grunde sollte auch der Dienstberechtigte auf Kosten des Kranken bereichert werden? Die Ansicht Schultzenstein's würde praktisch eine Art Bestrafung des Dienstverpflichteten bedeuten, die dieser für sein grobfahrlässiges Handeln erleidet, obgleich er ohnehin durch dasselbe schon genug gestraft erscheint. Die hier vertretene Ansicht führt jedenfalls zu viel billigeren Resultaten. Man wird ihr nicht entgegen halten können, daß sie zu schwierigere Berechnungen erfordere. Die Führung des Beweises, daß der Dienstverpflichtete durch sein

---

1) Abweichend Oertmann (Recht der Schuldverhältnisse Bem. 5b β zu § 617): „Da der Wegfall der Pflicht ein für allemal ausgesprochen wird, kann für das Gebiet des Anspruchs aus § 617 eine besondere Abwägung von Fall zu Fall wie § 254 sie vorschreibt, nicht stattfinden.“

Verhalten eine Verschlimmerung seines Zustandes herbeigeführt habe, steht in engster Verbindung mit der Frage, wie der Verlauf der Krankheit bei verständigem Verhalten des Dienstverpflichteten sich gestaltet hätte. Im übrigen verteilt sich in den beregten Fällen die Beweislast in der Weise, daß der Dienstberechtigte darzutun hat, der Kranke habe durch sein Verhalten eine Verschlimmerung seines Zustandes herbeigeführt und ihm falle grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz zur Last. Der Dienstverpflichtete muß dann beweisen, daß er den Dienstberechtigten nur in den Grenzen in Anspruch nehme, in denen er auch gehaftet hätte bei normalem Verlauf der Krankheit.

Auch in Fällen, in denen der Dienstverpflichtete durch Verheimlichung der Tatsache seiner Erkrankung eine Verschlimmerung seines Zustandes herbeiführt, wird ihm unter Umständen grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz zur Last fallen, die eine gänzliche oder teilweise Vernichtung des Anspruchs im Gefolge haben können.[1])

## 2) Wegfall der Verpflichtung des Dienstberechtigten durch Versicherung.

Wie bei grobfahrlässigem oder vorsätzlichem Handeln des Dienstverpflichteten der Anspruch aus § 617 nicht zur Entstehung gelangt, so entfällt dieser auch, wenn für die Verpflegung und ärztliche Behandlung durch eine Versicherung oder Einrichtung der öffentlichen Krankenpflege Vorsorge getroffen ist. Im Gegensatz zu § 616, der die Anrechnung des Betrages, der dem Dienstberechtigten für die Zeit der Behinderung aus einer bestehenden Kranken- oder Unfallversicherung zukommt, nur dann gestattet, wenn diese Kranken- oder Unfallversicherung auf Grund gesetzlicher Verpflichtung besteht, genügt nach § 617 II nicht nur eine gesetzliche, sondern auch eine private Versicherung, um den Ausschluß der Verpflichtung des Dienstherrn herbeizuführen.[2]) Selbstverständlich

[1]) Übereinstimmend Schultzenstein S. 80.

[2]) Übereinstimmend Planck Bem. 5a zu § 617. — Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse Bem. 5c zu § 617. — Matthiaß Bd. I S. 520. — Langfeld S. 692. — Cosack Bd. I S. 517. — Schultzenstein

ist hierbei, daß die Befreiung des Dienstherrn nur dann eintritt, wenn in der Tat „Vorsorge“ durch die Versicherung getroffen wird. Der Dienstherr kann sich natürlich seiner Verpflichtung nicht dadurch entziehen, daß er, vielleicht gegen einen minimalen Entgelt, bei einer Gesellschaft oder einem Privatmann versichert, der nicht in der Lage ist, seinen übernommenen Verpflichtungen nachzukommen. Diese Gefahr muß stets der Dienstberechtigte tragen. Der Dienstverpflichtete wird sich stets, wenn der Versicherungsträger leistungsunfähig ist, an seinen Brotherrn halten können. Dem widerstreitet nicht, daß in dem in Rede stehenden Fall nach § 328 B. G. B. der Dienstverpflichtete auch den Versicherungsträger in Anspruch nehmen kann. Man wird kurz sagen können, daß der Dienstberechtigte von seiner Verpflichtung befreit ist, wenn und insoweit als der Versicherungsträger das leistet, wozu der Dienstberechtigte verpflichtet ist. Nur dann ist ausreichende Vorsorge getroffen. Nur in Grundlage dieser Ansicht ist der Dienstverpflichtete in einer Weise geschützt, die dem socialpolitischen Zweck des § 617 gerecht wird.

Was für Privatversicherungen gilt, muß auch für die Einrichtungen der öffentlichen Krankenpflege oder der staatlichen Versicherungen Geltung haben. Auch hier bleibt der Dienstberechtigte in seiner Verpflichtung insoweit erhalten, als die Leistungen dieser öffentlichen Einrichtungen hinter dem zurückbleiben, was der Dienstberechtigte an und für sich nach § 617 zu leisten hätte. Obgleich auch Schultzenstein (S. 83 unter c) dieser Ansicht ist, behauptet er doch, daß der Dienstberechtigte von seiner Verpflichtung befreit werde, wenn die Krankenkasse nach dem Gesetze betr. die Krankenversicherung der Arbeiter die im § 6 Ziffer 1 dieses Gesetzes angeführten Leistungen erbringe, obgleich dann weder für die Verpflegung noch für die Unterkunft ausreichende Vorsorge getroffen ist. Dem ist natürlich nicht zu folgen. Die Begründung, die Schultzenstein für seine Ansicht gibt, erscheint dann auch völlig unverständlich. Sie geht dahin, daß er behauptet, diese Ver-

S. 84. — Hilse: Im Recht 6. Jahrg. Nr. 28 S. 204. — Ein im Plenum des Reichstages gestellter Antrag zu sagen: „Eine auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehende Versicherung“ ist abgelehnt. Vgl. Reichstagsplenarsitzungsprotokolle S. 351.

pflegung sei Vergütung, hänge deshalb von dem vereinbarten Dienstvertrage ab und habe mit der Befreiung des Dienstberechtigten in Folge Eintritts einer Versicherung garnichts zu tun. Auf Seite 16 seiner Arbeit beweist der genannte Autor umfangreich, daß diese Verpflegung nicht Vergütung sei, und behauptet damit das Gegenteil von dem, was er auf Seite 84 als richtig hinstellt.

Auch Hilse[1]) ist der Meinung, daß der Dienstberechtigte aus seiner Verbindlichkeit zur Gewährung von Krankenfürsorge auch dann befreit werde, wenn aus irgend welchen Zweckmäßigkeitsgründen die gemäß § 7 K. V. G. zulässige Aufnahme in eine Heilanstalt nicht beliebt werde. Indessen erscheint auch seine Beweisführung nicht überzeugend. Zunächst behauptet er fälschlich, daß die hier vertretene Anschauung dem gesetzgeberischen Willen schon deshalb widerstreite, weil dann der nicht beabsichtigte Erfolg erreicht würde, daß der Erkrankte eine zweifache Krankenfürsorge erhalte, und zwar jedesmal auch für Rechnung des Dienstgebers. Da der Dienstberechtigte nur insoweit verpflichtet bleibt, als die Krankenkasse nicht leistet, tritt dieser Erfolg nicht ein. Selbst in den Fällen, in denen der erkrankte Dienstverpflichtete seinen Anspruch auf Vergütung behält, und in welchen außerdem die Krankenkasse, da Erwerbsunfähigkeit gegeben ist, nach § 6 Ziffer 2 des K. V. G. Krankengeld in Höhe der Hälfte des ortsüblichen Tagelohnes gewöhnlicher Tagearbeiter gewährt, wird man von einer zweifachen Krankenfürsorge um deswillen nicht sprechen können, weil der Dienstberechtigte einmal stets die Kosten der Verpflegung, und zum andern nach § 616 B. G. B. regelmäßig das gezahlte Krankengeld auf die geschuldete Vergütung anrechnen kann.[2]) Außerdem widerstreitet es einer socialpolitischen Vorschrift durchaus nicht, wenn ein Dienstverpflichteter im Falle seiner Erkrankung besser gestellt ist wie in gesunden Tagen.[3]) Hilse behauptet dann weiter, daß die Krankenkasse durch ihre Entschließungen die Lage des Dienstverpflichteten nicht schlechter gestalten dürfe. Woraus sollte das folgen?

---

[1]) Hilse: Im Recht. 6. Jahrgang Nr. 28 S. 203—204.

[2]) Vgl. auch § 133e Abs. 2 Gew. O. Anders § 63 II H. G. B.

[3]) Vgl. S. 104/105 der Arbeit.

Der § 617 B.G.B. regelt doch nicht die Leistungen der Krankenkasse. Als selbstverständlich setzt Hilse voraus, daß die Krankenkasse den Dienstverpflichteten an irgend einem anderen Orte z. B. im Hausstaude seiner Familienangehörigen unterbringe. Woraus folgt einmal die Verpflichtung der Krankenkasse dies zu tun, aus welchem Grunde sollten andererseits irgendwelche Familienangehörigen zur Aufnahme des Kranken verbunden sein.

Der Dienstberechtigte kann unmöglich das Recht haben, den Dienstverpflichteten auf die Straße zu setzen, wenn von der Krankenkasse die Unterbringung in eine Anstalt nicht angeordnet wird.

Zutreffend folgert Schultzenstein (S. 83 unter a) daraus, daß stets ausreichende Vorsorge getroffen sein muß, wenn anders der Dienstberechtigte befreit sein soll, daß letzterer während eines etwaigen Streites, ob die Versicherung oder Einrichtung der öffentlichen Krankenpflege zu leisten habe oder leistungsfähig sei, vorläufig Vorsorge zu treffen habe, unbeschadet späterer Regreßansprüche, daß also mit a. W. der Dienstberechtigte den Kranken während eines solchen Streites nicht auf die Straße setzen könne.

Streitig ist geworden, ob die Befreiung des Dienstherrn von seiner Verpflichtung aus § 617 B.G.B. auch dann eintritt, wenn der Dienstverpflichtete sich selbst versichert und selbst die Versicherungsprämien bezahlt hat. Für die Bejahung dieser Frage sind Planck[1]), Lipinski[2]) und Schultzenstein.[3]) Während die beiden erstgenannten Autoren eine Begründung für ihre Anschauung nicht geben, stützt Schultzenstein seine Ansicht damit, daß man sonst zu dem sicher nicht gewollten Ergebnis komme, daß der Dienstverpflichtete besser gestellt wäre, wenn er krank als wenn er gesund sei, und daß solch einen Vorteil zu gewähren nicht dem Willen einer socialpolitischen Bestimmung entsprechen könne. Dem ist nicht zuzustimmen. Daß es bei einer socialpolitischen Bestimmung durchaus nicht dem Willen des Gesetzgebers widerstreitet, wenn ein Dienst-

1) Planck Bem. 5a zu § 617.

2) Lipinski a. a. O. S. 58.

3) Schultzenstein S. 84.

verpflichteter im Falle seiner Erkrankung materiell günstiger wie in gesunden Tagen gestellt ist, zeigt auf das deutlichste der § 616 B. G. B. Versichert sich hier der Dienstverpflichtete privatim, also ohne gesetzlich dazu verpflichtet zu sein, so kommen ihm die Beträge dieser Versicherung neben der ihm gesetzlich ungeschmälert fortzugewährenden Vergütung zu. Er ist also materiell besser gestellt, wenn er krank als wenn er gesund ist. Zweck und Absicht einer socialpolitischen Bestimmung ist es nicht und kann es nicht sein, dem Dienstverpflichteten Vorteile, die er sich unter materiellen Opfern verschafft hat, wieder zu rauben, sondern er soll vielmehr durch dieselbe tunlichst geschützt werden. Dazu kommt, daß diese materielle Besserstellung des erkrankten Dienstverpflichteten, die Schultzenstein dadurch, daß er bei Selbstversicherung des Dienstverpflichteten für Befreiung des Dienstberechtigten von seiner Verbindlichkeit aus § 617 eintritt, vermieden wissen will, doch gegeben ist. Der Dienstverpflichtete würde den Dienstberechtigten immer aus dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung auf Grund des § 812 B. G. B. in Höhe des Wertes des Ersparten in Anspruch nehmen können.[1]) In Wahrheit ist also nichts gewonnen, wenn auch in dem in Rede stehenden Fall seine Befreiung auf Grund von § 617 II angenommen wird. Aus diesen Gründen tritt unseres Erachtens die Befreiung des Dienstberechtigten im Falle der Selbstversicherung des Dienstverpflichteten nicht ein.[2]) Das ist auch nicht mehr wie billig. Hat der Dienstverpflichtete sich als vorsichtiger Mann durch materielle Opfer für den Fall seiner Erkrankung besondere Vorteile verschafft, so mag er sie auch genießen. Wenn das Gesetz nicht besondes hervorhebt, daß die Befreiung des Dienstberechtigten nur eintritt, wenn er versichert hat, so hat es diese

[1]) Vgl. Matthiaß a. a. O. Bd. I S. 623: „Es genügt nicht, daß der Vermögensvorteil beim Bereicherten ohne rechtlichen Grund ist, denn sehr häufig hat der Bereicherte an sich den Vorteil mit rechtlichem Grund die Bereicherung ist aber trotzdem ungerechtfertigt."

[2]) Übereinstimmend ohne Begründung Hilfe im Recht Bd. VI. S. 204. Er nimmt jedoch mit Unrecht die Befreiung des Dienstberechtigten dann an, wenn der Dienstgeber aus freier Entschließung zu den Kosten der Versicherung beisteuert.

Bemerkung für überflüssig gehalten, da die Tatsache selbstverständlich erschien.

Hat der Dienstberechtigte freiwillig Beiträge für die Selbstversicherung des Dienstverpflichteten gezahlt, so wird man im Gegensatz zu Schultzenstein und in Verfolg der hier vertretenen Ansicht Schenkung oder freiwillig höhere Lohnzahlung dann annehmen müssen, wenn der Dienstberechtigte durch diese Zahlungen Befreiung von der Verbindlichkeit aus § 617 nicht erwartete oder an dieselbe nicht dachte, ungerechtfertigte Bereicherung auf Seiten des Dienstverpflichteten dann, wenn der Dienstberechtigte diesen Erfolg durch seine Zahlungen herbeiführen wollte, davon, daß dies unmöglich sei, aber nichts wußte.[1]) Wollte man, wie dies Hilse[2]) tut, annehmen, daß der Dienstberechtigte befreit wird, wenn er freiwillig zu den Kosten der Selbstversicherung beisteuert, so würde er diese Befreiung doch wohl zu leicht erkaufen. Zu derartigen Anschauungen könnte man nur kommen, wenn es möglich wäre, einen dahingehenden Vertrag zwischen dem Dienstberechtigten und Dienstverpflichteten anzunehmen, das ist aber mit Rücksicht auf § 619 ausgeschlossen.

Der Beweis, daß die Voraussetzungen, unter denen der Dienstberechtigte befreit wird, vorligen, ist hier ebenso wie bei grobfahrlässigem oder vorsätzlichem Handeln des Dienstverpflichteten vom Dienstberechtigten zu führen.[3])

Von den Reichsversicherungsgesetzen kommen für die hier beregte Frage in Betracht: Krankenversicherungsgesetz §§ 1 fgl. § 133, Gewerbeunfallversicherungsgesetz § 12, Unfallversicherungsgesetz für Land- und Forstwirtschaft § 27, Bauunfallversicherungsgesetz § 10. Auseinanderzusetzen, wieweit das im einzelnen der Fall ist, würde zu weit führen.[4]) Erwähnt sei nur noch, daß eine Einrichtung der Armenpflege keine Einrichtung öffentlicher Krankenpflege im Sinne des § 617 II ist.[5]) Daß der Dienstverpflichtete der Armenpflege zur Last fällt, soll ja gerade durch § 617 verhütet werden.

---

1) Vgl. B. G. B. § 815.

2) Vgl. S. 105 Anm. 2 dieser Arbeit.

3) Planck Bem. 5b zu § 617.

4) Vgl. des Näheren Schultzenstein S. 86 fgl.

5) Abweichend Hilse im Recht Bd. VI S. 203.

## § 10.

### Schluß.

Wirft man zum Schluß unserer Abhandlung einen Rückblick auf den Inhalt und Umfang der Pflichten, wie sie in den §§ 616 und 617 dem Dienstberechtigten auferlegt sind, so kann grundsätzlich nicht verkannt werden, daß die genannten Bestimmungen geeignet erscheinen nach mancher Richtung hin Segen zu stiften und sociale Gegensätze auszugleichen. Eine andere Frage aber ist die, ob sie das erstrebte Ziel nach jeder Richtung hin zu erreichen, geeignet erscheinen, und das muß bedauerlichst verneint werden. Man kann zunächst mit Recht behaupten, daß in beiden Paragraphen nicht ein einziger der Begriffe, welche die Voraussetzungen für den Eintritt der Verpflichtungen des Dienstherrn bilden, in seiner Bedeutung zweifelfrei feststehe. Gerade weil die §§ 616 und 617 socialpolitische Vorschriften sind, ist dieser Umstand doppelt zu bedauern. Was speziell die dem Dienstberechtigten durch den § 617 auferlegten Pflichten anbetrifft, so hebt Schultzenstein[1]) mit Recht hervor, daß es namentlich im Interesse der wirtschaftlich schwachen Dienstberechtigten besser wäre, wenn die Krankenfürsorgepflicht zu einem gewissen Teil auf die Gesamtheit abgewälzt werde, und wenn man den Dienstverpflichteten auf gleiche Stufe mit dem Krankenversicherten stellte, mit anderen Worten also dem § 617 nicht mehr im B. G. B., sondern im K. V. G. als Absatz 4 des § 1 einen Platz einräumte.

Zu erwägen wäre auch, ob es nicht angebrachter wäre, wenn man die Verpflichtungen des Dienstherrn — von der Befreiung durch Versicherung abgesehen — nur dann nicht eintreten ließe, wenn der Dienstverpflichtete seine Erkrankung vorsätzlich herbeigeführt hätte, nicht also schon dann, wenn ihm nur grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt; hat doch der Staat für alle Unfälle mit alleiniger Ausnahme der vorsätzlich verursachten den Unfallfürsorgeanspruch zu Gunsten des gewerblichen Arbeiters eintreten lassen. Einen Grund für die Ungleichheit dieses Rechtszustandes kann man schwerlich anführen.

---

1) Schultzenstein a. a. O. S. 99 fgl. und derselbe im preußischen Verwaltungsblatt Jahrgang XXV. Nr. 26.

Ein entschiedener Mangel, der zwar nicht den § 617 direkt, wohl aber die Durchführung der sich aus ihm ergebenden Ansprüche betrifft, zeigt sich auf dem Gebiete des Gesinderechts. Durch die Gesindeordnungen ist nämlich vielfach dem Dienstverpflichteten das Recht genommen, das Dienstverhältnis kündigungslos aufzuheben, wenn der Dienstherr seinen Verpflichtungen aus § 617 nicht nachkommt; ja der Dienstverpflichtete kann sogar noch einer Bestrafung gewärtig sein, wenn er nicht bleibt, obgleich der Dienstherr den § 617 grob verletzt.[1]) Zwar haftet der Dienstberechtigte nach § 823$^{II}$ B. G. B. dem Dienstverpflichteten für den entstehenden Schaden, wenn er schuldhafter Weise gegen den zum Schutz des Dienstverpflichteten erlassenen § 617 verstößt, indessen ist dieser Schutz ein unzulänglicher. Man wird unter dem entstandenen Schaden stets nur den materiellen oder wenigstens materiell ausgleichbaren Schaden verstehen müssen. Gerade aber bei Erkrankungen ist ein immaterieller, unersetzlicher Schaden mehr wie häufig, ihn abzuwenden müßte dem Dienstverpflichteten nach jeder Richtung hin erleichtert werden. Das Reich müßte hier eingreifen, wenn die einzelnen Gesindeordnungen versagen. Der gerügte Mangel ist um so bedauerlicher, als den Landesgesetzen, wenn auch unter gewissen Einschränkungen, die Festlegung des Begriffes „Gesinde" überlassen ist, und als der § 617 in erster Linie gerade den Dienstboten zu Gute kommt, da die gewerblichen Arbeiter gemäß dem K. V. G. versicherungspflichtig sind, also einer staatlich anerkannten Ortskrankenkasse oder freien Hülfskasse angehören müssen.

---

[1]) Vgl. z. B. Mecklb. Ges. O. §§ 34, 64.